



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

### **Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

### **About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



## Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

## Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

## Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY



3 2044 097 746 648

DIE

# GESTELLUNGSBÜRGSCHAFT

IM

## RÖMISCHEN FORMULARPROZESS.

VON

PROF. D<sup>R</sup>. SCHLOSSMANN,  
KIEN.

SEPARAT-ABDRUCK AUS DER VON HOF-RAT PROF. GRÜNHUT HERAUSGEGEBENEN  
ZEITSCHRIFT FÜR DAS PRIVAT- UND ÖFFENTLICHE RECHT DER GEGENWART.  
(XXXII. BAND.)

WIEN 1905.

ALFRED HÖLDER,  
K. U. K. HOF- UND UNIVERSITÄTS-BUCHHÄNDLER,  
I., ROTENTURMSTRASSE 13.

HARVARD  
LAW  
LIBRARY



HARVARD LAW SCHOOL  
LIBRARY

*Austria*  
153

x

DIE

GESTELLUNGSBÜRGSCHAFT

c

IM

RÖMISCHEN FORMULARPROZESS.

VON  
*Siegmund*  
PROF. DR. SCHLOSSMANN,  
= KIEL.

SEPARAT-ABDRUCK AUS DER VON HOF-RAT PROF. GRÜN-HUT HERAUSGEGEBENEN  
ZEITSCHRIFT FÜR DAS PRIVAT- UND ÖFFENTLICHE RECHT DER GEGENWART.  
(XXXII. BAND.)

WIEN 1905.

ALFRED HÖLDER,  
K. U. K. HOF- UND UNIVERSITÄTS-BUCHHÄNDLER,  
I., ROTENTURMSTRASSE 13.

+

*Schlossmann*

For TV  
S

Alle Rechte vorbehalten.

2/15/32

## I.

### Die Lehre von Lenel.

Gegen die Einwendungen, die ich in meiner Abhandlung „Der Vindex bei in ius vocatio“ (Zeitschr. für Rechtsgesch., Bd. 37, S. 279 ff.) gegen die von Lenel in betreff des vindex vertretenen Ansichten erhoben habe, hat Lenel diese in einem im 38. Bande derselben Zeitschrift (S. 232 ff.) veröffentlichten Aufsätze im wesentlichen aufrechterhalten. Aber seine Gründe sind nicht geeignet, sie zu widerlegen, wie im folgenden gezeigt werden soll. Ich will die einzelnen Punkte seiner Entgegnung zunächst in der Reihenfolge, in der er sie vorgebracht, prüfen, um alsdann seine Ausführungen im ganzen einer erneuten Kritik zu unterziehen.

1. Lenel nimmt Anstoß an meiner Behauptung (a. a. O. S. 333), man könne das Versprechen des für den in ius vocatus Eintretenden — ich will ihn der Kürze halber hier immer vindex vocati nennen —, nur in einem ganz uneigentlichen Sinne eine Bürgschaft nennen. Er meint, wenn, wie ich behauptete, der vindex das gewesen wäre, wofür ich ihn ausgäbe, nämlich ein Mann, der sich in Stipulationsform anheischig mache, den in ius vocatus vor Gericht zu stellen, dann würde sein Eintreten einfach aus einer Satisfaktionspflicht zu erklären sein, und es wäre nicht zu verstehen, warum diese Satisfaktionspflicht nicht, wie sonst überall, dadurch sollte verwirklicht worden sein, daß der Pflichtige in Stipulationsform die Hauptverpflich-

tung einging und dann für deren Erfüllung echte und wahre Bürgen stellte; der reus also würde versprochen haben: „se certo die sisti“, und der Bürge ‚idem‘, d. h. eben: „illum certo die sisti“.

Diese Meinungsverschiedenheit kommt auf einen Wortstreit hinaus; es kommt darauf an, was man hier unter Bürgschaft verstehen will. Ich verstand unter einem Bürgen hier, da es sich um römisches Recht handelte, denjenigen, der eine fremde Schuld neben dem Schuldner auf sich nimmt, indem er in einer der bekannten Formen ‚idem‘ verspricht (Idem dari spondes? idem fidepromittis? idem fide tua esse iubes?). An ein ‚idem promittere‘ in diesem formellen Sinne ist aber bei dem vindex vocati natürlich nicht zu denken. Hätte der reus versprochen: „me sisti spondeo“, und der vindex auf die Frage ‚idem spondes?‘ geantwortet: „idem spondeo“, so wäre eine doppelte Auslegung dieser Stipulation möglich gewesen. Entweder: „ich verspreche dasselbe, was der reus versprochen hat, d. h. ich verspreche, daß er sich stellen werde“, und dieses Versprechen wäre als Versprechen einer Leistung eines Dritten ungültig gewesen. Oder: „ich verspreche, wie der vocatus, („me sisti“) mich zu stellen“; und darauf war es von den Parteien gar nicht abgesehen.

In Wahrheit würde der vindex vocati — wenn überhaupt der vocatus selbst sein Erscheinen durch Stipulation zu versprechen gehabt hätte — nicht formell ‚idem‘ (idem spondeo), sondern ‚illum sisti‘ versprochen haben. Ob man das im Verhältnis zu der eigenen Verpflichtung des reus im materiellen Sinne ‚idem‘ nennen kann oder will, das ist hier gleichgültig; jedenfalls ist es aber kein Bürgschaftsversprechen in dem Sinne, in dem man diesen Begriff, die verschiedenen formell auf ‚idem‘ gerichteten Stipulationen zusammenfassend, zu verstehen pflegt, sondern ein selbständiges Versprechen, in dem jemand die Herbeiführung des Erfolges zusagt, den in erster Linie ein anderer — hier der reus — zu beschaffen hat. Auch durch ein solches Versprechen, das im Enderfolge auf den Ersatz des Interesses, das der Empfänger des Versprechens an diesem Erfolge hat, hinausläuft, pflegt man im weiteren Sinne als Bürgschaft oder als Garantieverprechen zu bezeichnen, und in diesem Sinne werde ich den vindex vocati und sein Versprechen im folgenden auch Bürge und Bürgschaft nennen. Hieraus folgt aber, auch wenn das von mir behauptete Versprechen des vindex vocati,



wie ich annehme, in Form der sponsio abgegeben wurde, nicht, wie Lenel meint, daß auch der vocatus vorher sein Erscheinen durch Stipulation hätte zusagen müssen. Seine Verpflichtung war durch Gesetz, in dem Satze der Zwölftafeln: ‚Si in ius vocat, ito‘, begründet. Das Versprechen eines andern, für das Erscheinen des reus vor Gericht Sorge zu tragen, die Zusage, für sein Erscheinen einzustehen, setzte überhaupt eine Hauptverpflichtung gar nicht voraus, auch wenn, wie ich vermute, der ‚fideiussor in iudicio [iure] sistendi causa datus‘ bei den Juristen ein sponsor gewesen ist; denn wenngleich sponsor im engeren Sinne derjenige ist, der formell ‚idem‘ sponsierte (vgl. Gaius, III, 116), so ist doch im weiteren Sinne, der wörtlichen Bedeutung entsprechend, jeder ein sponsor, der ein Versprechen in Form einer sponsio abgibt.<sup>1)</sup>

2. Der in den Digesten sich findende Ausdruck für den *vindex vocati*: ‚fideiussor in iudicio sistendi causa‘ soll unlateinisch, sprachlich absolut unmöglich sein (S. 236). Ich wüßte nicht, weshalb. Etwa weil ein Attribut, aus Substantiv und Präposition bestehend, im Lateinischen unmöglich wäre? Derartige Attribute kommen schon früh, nachweisbar schon seit Cato vor<sup>2)</sup> und sind auch in der juristischen Terminologie häufig anzutreffen, wie z. B. *mortis causa donatio*, *bonorum possessio secundum*, *contra tabulas*, *legis actio per manus iniunctionem*, *actio ad exhibendum*, *actio de peculio*, *ex stipulatu* usw. Aber das ‚in iudicio sistendi causa‘ muß auch in den es enthaltenden Stellen gar nicht notwendig als Attribut zu ‚fideiussor‘ aufgefaßt werden, sondern kann mit dem regelmäßig dabei auftretenden ‚dare‘ und ‚accipere‘ verbunden werden, wie bei *donationis*, *dotis causa stipulari*, *promittere*, bei *pignoris causa dare*, *accipere* u. a., und wer nicht bloß den Maßstab der elementaren lateinischen Schulgrammatik anlegt, der wird auch in den von Lenel angeführten Stellen nichts so Haarsträubendes finden wie er; und nicht einmal an

<sup>1)</sup> Der *Vadimoniumsbürge* wird, wo er eintrat, Bürge im eigentlichen Sinne, sponsor im engeren Sinne gewesen sein. Während der reus für den Fall seines Nichterscheinens in dem festgesetzten neuen Termin eine Geldstrafe in Sponsionsform verspricht, verpflichtet sich der Bürge durch eine formell auf ‚idem‘ gerichtete sponsio zur Zahlung der Strafsumme unter der gleichen Bedingung.

<sup>2)</sup> Vgl. Schmalz, *Syntax* in J. v. Müllers *Handb. d. klass. Altertumsw.*, II, 2, S. 224, wo als Beispiele aus Cicero u. a. angeführt sind: *mea manu litterae*; *homo sine arte, sine litteris*; *Carbonis eodem illo die mors* etc.

dem Satze: *fideiussor in iudicio sistendi causa datus pro rei qualitate locuples detur*, Dig. 1 (2, 6) ist unbedingt Anstoß zu nehmen; im Gegenteil hier hätten wir in dem ‚datus‘ das stützende Attribut für das ‚iudicio sistendi causa‘, das Lenel sonst überall zu vermissen scheint. Das Part. perf. pass. ‚datus‘ könnte hier in präsentischer Bedeutung verstanden werden: der *fideiussor* (sponsor), der wegen der Sistierung des *reus* gegeben wird, — wie ja von alters her das Part. perf. pass., ebenso wie das Part. perf. bei Deponentien häufig als Ersatz für das fehlende Part. praes. pass. gebraucht wurde.<sup>3)</sup> Wenn eine große Schwerfälligkeit in der Verbindung ‚datus—detur‘ unleugbar enthalten ist, so ist man darum nicht genötigt, eine Interpolation bei dem *fideiussor* etc. zu vermuten; es könnte eine Korruptel in dem Worte ‚detur‘ vorliegen, an dessen Stelle vielleicht ‚sit‘ gestanden haben könnte.

3. Die Annahme, daß der *vindex vocati* sich dem Kläger durch Stipulation verpflichtet habe, soll daran scheitern, daß gegen ihn eine *actio in factum* gegeben werde. „Daß aus einem zivilen Geschäfte, einem Geschäfte, das, seit es überhaupt als Rechtsgeschäft anerkannt war“, sagt Lenel S. 238, „mit Zivilklage ausgerüstet war, der Prätor nachträglich für einen speziellen Fall eine *actio in factum concepta* eingeführt hätte, das ist etwas in unseren Quellen Unerhörtes, etwas, was unsere gesamten Vorstellungen vom römischen Aktionenrechte auf den Kopf zu stellen geeignet ist. Etwas Unerhörtes und zugleich auch Unbegreifliches.“ Ich glaube doch nicht so unerhört und unbegreiflich, wenn wir uns den Tatbestand vergegenwärtigen, der in der Formel dieser *actio in factum* als Kondemnationsbedingung enthalten gewesen sein muß. Es muß in ihrer *intentio* enthalten gewesen sein der Hinweis auf die *sponsio reum in iure sisti* und auf den Ungehorsam des *vindex* gegen das *Exhibitionsdekret*; wenn beides erwiesen werde, so soll der *vindex* zu ‚*quanti ea res erit*‘ verurteilt werden. Ich gebe zu, daß die von mir angeführte Parallele der *actio depositi* und *actio commodati* nicht ganz zutreffend war. Aber — um anderes ferner Liegendes, wie etwa die *actio de pecunia constituta* in dem Fall, daß das *constitutum* sich auf eine Stipulationsschuld bezog, zu

<sup>3)</sup> Vgl. Schmalz, a. a. O. S. 309.

übergehen —, eine ganz schlagende Analogie bietet sich in der *actio de eo quod certo loco*, die unmittelbar auf Grund einer Geldstipulation gegeben werden konnte, einer prätorischen Klage, deren *intentio*, wie auch Lenel annimmt, geradezu sogar auf ‚*dare oportere*‘ gerichtet war, auf ein *dare oportere* für *certa pecunia*. Wie für diese, so wird natürlich auch für die Einführung der gegen den *vindex vocati* gehenden *actio in factum* ein besonderer, später zu erörternder Grund bestimmend gewesen sein, aus dem zugleich wie dort, so auch hier die *actio civilis* als unzweckmäßig erscheinen mußte. Allerdings sehe ich diesen Grund nicht mehr allein in der früher von mir angenommenen Tendenz des Prätors, das Urteil des *iudex* in eine Bahn zu lenken, die der Gerechtigkeit in höherem Maße diene als die zivile *actio*, — aber nicht aus dem mir von Lenel entgegengesetzten Grunde. Daß die Verfolgung einer solchen Tendenz, wie er meint, ein Gewaltstreich gewesen wäre, wird man nicht glauben, wenn man die außerordentliche Machtfülle des Prätors bedenkt, die ihm gestattete, in freier Weise Aktionen zu proponieren und proponierte wieder zu beseitigen, im Edikt enthaltene Aktionen im einzelnen Falle zu geben und zu versagen, sie für den einzelnen Fall zu verändern, durch Exzeptionen lahmzulegen usw. Und war denn die Einführung der *actio de eo quod certo loco* ein Gewaltstreich?

4. Daß die Vereinbarung eines Termins zwischen den Parteien bei der *in ius vocatio*, wie Lenel meint, unmöglich gewesen wäre, ist nicht einzusehen. Es ist überraschend, daß Lenel gerade es ist, der es bezweifelt, daß die Parteien bei einer *in ius vocatio* zu gegenseitigem Entgegenkommen für eine Terminsbestimmung würden geneigt gewesen sein, er, der ja annimmt, in der „Urzeit“ sei die Möglichkeit eines Gerichtsverfahrens überhaupt von der Vereinbarung der Parteien abhängig gewesen, dabei also doch eine sehr verbreitete Bereitschaft der Römer der Urzeit, ihre Streitigkeiten einem Schiedsgerichte zu unterwerfen, notwendig voraussetzen mußte.<sup>4)</sup> Daß der Römer nicht jederzeit einen zuverlässigen Kalender in der Tasche trug, das kann gleichfalls nicht, wie Lenel glaubt, ein Hindernis gebildet haben. Denn wenn es schon damals

<sup>4)</sup> Zeitschr. f. R. G., Bd. 37, S. 342. Vgl. gegen diese Ansicht Lenels meine *Litis contestatio*, S. 136 ff.

Taschenkalender gab, was ich nicht weiß, so wird der Römer, der einen anderen in ius zu vozieren vorhatte, sich für diesen Fall vermutlich vorgesehen haben; aber es ist ja auch bekannt, daß nicht nur in Rom, sondern auch außerhalb der Hauptstadt für öffentliche Aufstellung von Kalendern in ausgiebiger Weise gesorgt war.<sup>5)</sup> Aber es bedarf keines weiteren Eingehens auf diesen Punkt: ich neige jetzt mit Lenel der Meinung zu, daß das Versprechen des vindex vocati auf ‚in iure sisti‘ schlechthin gegangen und der Sistierungstermin erst später vom Prätor durch Dekret bestimmt worden sei. Allerdings wiederum nicht aus dem von Lenel angeführten Grunde. Denn der Erlaß eines solchen Dekrets wäre mit einer vorher zwischen den Parteien getroffenen Terminvereinbarung, die von dem reus oder dem vindex nicht eingehalten war, sehr gut vereinbar gewesen; und aus dem von Lenel angeführten Dig. fr. 2 pr. (42, 4) läßt sich für diese Frage gar nichts folgern, wenn man es richtig versteht.<sup>6)</sup> Für mich ist bestimmend, daß sich nirgends eine Hindeutung auf eine zweimalige Terminbestimmung, eine außergerichtliche, von den Parteien vereinbarte, und eine vom Prätor durch Dekret vollzogene, in den Quellen findet.

## II.

### Die Bedeutung von ‚vindex‘.

Die Behauptung, daß das Wort ‚vindex‘ der technische Ausdruck für denjenigen sei, der für den in ius vocatus eintritt, bildet den Ausgangs- und Schwerpunkt der Ausführungen von Lenel; daß ich das verkannt und auch übersehen hätte, daß von einem juristischen Schriftsteller ein Wort, dem in der juristischen Litteratur eine bestimmte technische Bedeutung zukomme, nicht untechnisch gebraucht sein könne, das bildet einen der gewichtigsten Einwürfe, die mich nach seiner Ansicht treffen.

Wollte man das, was er über den Gebrauch von technischen und untechnischen Ausdrücken bei Juristen sagt, einmal zugeben, obwohl es keineswegs in dieser Allgemeinheit zutrifft, so würde es sich doch vor allem fragen, ob denn ‚vindex‘ wirklich der

<sup>5)</sup> Zit. Marquardt, Röm. Staatsverwaltung, III, S. 276.

<sup>6)</sup> Vgl. über diese Stelle unten S. 29 ff.

technische Ausdruck der römischen Gesetzgeber, Prätores und *iurisconsulti* für denjenigen gewesen ist, der für einen in *ius vocatus* eintritt. Es gehört zum Wesen eines technischen Ausdruckes, daß er von denjenigen, die sich mit einer Wissenschaft oder einer Kunst (im weiteren Sinne) befassen, zur Bezeichnung eines in ihrer Wissenschaft oder Kunst bedeutsamen Begriffes und nur gerade dieses Begriffes verwendet wird, sei es, daß das Wort für diesen besonders geprägt oder anderswoher — aus der gewöhnlichen Sprache etwa oder der Terminologie einer anderen Wissenschaft oder Kunst — entlehnt ist. Wird daher ein Wort von den Juristen, Gesetzgebern, Magistraten zur Bezeichnung mehrerer untereinander verschiedenen Begriffe verwendet, so kann es keinesfalls ein technischer Ausdruck für irgend einen einzelnen dieser Begriffe, sondern nur entweder in untechnischem Sinne verwendet sein, oder zwar in einem technischen Sinne, aber dann nicht zur Bezeichnung bald des einen, bald des anderen jener Begriffe in seiner Spezialität — das würde eine liederliche, in einer Wissenschaft unbrauchbare Terminologie sein —, sondern für den jene verschiedenen Begriffe umfassenden Gattungsbegriff. Läßt sich also zeigen, daß *vindex* in Gesetzen und in der juristischen Literatur nicht ausschließlich der Bezeichnung des für den in *ius vocatus* Eintretenden, sondern auch anderer bestimmte rechtliche Funktionen übender Personen diene, so kann man dieses Wort nicht als den technischen Ausdruck für jenen ausgeben. Daß eine solche mehrfache Beziehung dem Worte *vindex* in der Tat zukommt, hat aber Lenel selbst nicht geleugnet. Er selbst weist darauf hin, daß Gaius an der einen der beiden Stellen, in denen er von einem *vindex* spricht (IV, 21), denjenigen be-zeichnet, der für den von *manus iniectio* Betroffenen eintritt, für denjenigen, der, wie es in den Zwölftafeln heißt, *endo eo in iure vindicit*; während er in IV, 46 den für den in *ius vocatus* Eintretenden so nennt. Gleichviel nun, ob man sich in betreff des Zwölftafelvindex meiner — wie Lenel meint — „bodenlosen“ Hypothese anschließt oder der herrschenden Auffassung, nach der er den Verklagten, der angeblich selbst nicht mehr seine Sache führen kann, dadurch aus der Gewalt des Klägers befreit, daß er den Prozeß für ihn übernimmt, so wird man zugeben müssen, daß die Stellung dieses *vindex* völlig verschieden

ist von der Stellung desjenigen, der für einen in *ius vocatus* eintritt. Um von anderem zu schweigen, sei hier nur folgendes hervorgehoben: der Zwölftafelvindex tritt vor Gericht für den *reus* ein, der *vindex vocati* außergerichtlich; jener befreit seinen Schützling aus der Gewalt seines Prozeßgegners, indem er — angeblich — den Prozeß für ihn übernimmt, so daß der *reus* vollständig aus dem Prozesse ausscheidet; dieser verpflichtet sich nur, oder ist — wie Lenel annimmt — kraft Gesetzes verpflichtet, ihn zur Gerichtsstätte zu stellen, oder haftet, wenn er es nicht tut, und zwar auch nicht ausnahmslos, dem Kläger für *quanti ea res erit*. —

Hierzu kommt, daß der *vindex* in der *lex coloniae Genetivae Juliae* noch als Träger einer dritten Funktion auftritt, die ich in meinem Altrömischen Schuldrecht S. 178 ff. geschildert habe. Zwar meint Lenel — das ist aus seinen Bemerkungen S. 244 bestimmt zu entnehmen —, der *vindex* in diesem Gesetze sei derselbe wie der der Zwölftafeln. Wie man ihm aber, auch wenn er, wie jener, *vindex* genannt wird, dieselbe Funktion wie jenem zuschreiben kann, trotz der Aufhebung der Leibeshaftung des Schuldners durch die *lex Poetelia*, wie man trotzdem, daß jetzt nicht mehr, wie die herrschende Auffassung ist, der Ergriffene unfähig ist, die von ihm behauptete Nichtexistenz oder Nichtigkeit des Urteils oder nach dem Urteil eingetretene Schuldbefreiungsgründe selbst geltend zu machen, und zur Zeit der *lex coloniae Genetivae Juliae* die *manus iniectio*, wo sie noch etwa als wirkliches Handanlegungsverfahren bestand, zur *manus iniectio pura* geworden war, wie man trotz alledem das in diesem Gesetz als *manus iniectio* bezeichnete Verfahren und den hier erwähnten *vindex* der *manus iniectio* der Zwölftafeln und dem *vindex* der Zwölftafeln gleichsetzen kann, das ist mir unverständlich, und Lenel ist im Irrtum, wenn er glaubt, daß ich diesem *vindex*, lediglich um meine Auffassung vom Zwölftafelvindex zu retten, die m. E. allein denkbare Funktion zugeschrieben hätte, wie ich sie a. a. O. dargelegt habe. Der *vindex* des *lex col. Gen. Juliae* kann nur verstanden werden als ein Bürge, der zum Zwecke der *satisdatio iudicatum solvi* vom Verklagten gegeben wird, und wir hätten hier also in der Tat eine dritte Art von *vindex* vor uns.

Eine vierte Bedeutung von *vindex* ergibt sich endlich aus der *lex Rubria*, cap. XXI, Z. 21 sq., wo, wie ich nach wie vor behaupten muß, von einem zum Zwecke der *satisfactio* bei einem *vadimonium* bestellten Bürgen die Rede ist. Was Lenel zur Widerlegung meiner früheren Ausführungen über diesen Punkt beigebracht hat, ist nicht zutreffend. Die nachfolgenden Ausführungen werden die Richtigkeit meiner Ansicht, wie ich hoffe, noch gründlicher erweisen.

Lenel hatte die Worte des Gesetzes: ‚*qui ita vadimonium . . . non promississet*‘, wie ja nicht anders möglich, auf *vadimonium* bezogen, die Worte: ‚*aut vindicem locupletem ita non dedit*‘ auf in *ius vocatio*, während ich den ganzen Satz ‚*Quo minus in eum qui ita vadimonium . . . ex h. l. n. (ihilum) rogatur*‘ auf ein mit *satisfactio* zu bestellendes *vadimonium* beziehe.

Lenel hat mir zunächst entgegengesetzt, es fehle mir jeder Sinn für die Unglaublichkeit der Annahme, daß ein Gesetz für die technische Bezeichnung der *satisfactio* eine untechnische Wendung gebraucht haben soll, dazu ein Gesetz, dem, wie aus cap. XX ersichtlich, die technische Bezeichnung *satisfactio* vollkommen geläufig sei. Darauf ist zu erwidern: wie ich später auf Grund des bisher schon besprochenen Materials zeigen werde, hat sich in der römischen Rechtssprache der Gebrauch des Wortes ‚*vindex*‘ als technische Bezeichnung für eine bestimmte, durch ein gemeinsames Merkmal charakterisierte Gruppe von Personen, die für eine andere einem Dritten gegenüber eintreten, eingebürgert. Zu dieser Gruppe gehören namentlich auch gewisse Personen, deren Eintreten für den andern sich als Leisten eines *Stipulationsversprechens* darstellt; zu ihr gehört aber nicht der Bürge, durch dessen Bestellung die *Satisfactio* bei der *cautio damni infecti*, auf die sich cap. XX bezieht, geleistet wird. Wenn daher an einer Stelle, die von *cautio damni infecti* handelt, das Gesetz die Bestellung der Sicherheit durch *sponsors* mit dem technischen Ausdruck ‚*satisfactio*‘ bezeichnet, an einer zweiten Stelle aber mit bezug auf einen jener Gruppe angehörigen Fall den Bürgen mit dem für diese Gattung von Bürgen technischen Ausdruck benennt, so kann den Gesetzgeber der Vorwurf einer schwankenden, untechnischen Terminologie nicht treffen. —

Auf das, was Lenel aus der Stellung der Worte ‚*ex decreto eius*‘ zwischen ‚*vadimonium*‘ und ‚*non promississet*‘ sowie aus

der Wiederholung des Wortes ‚ita‘ für seine Ansicht herleitet, legt er offenbar selbst kein entscheidendes Gewicht, und auch ich brauche auf diese Subtilität nicht weiter einzugehen, die nur dann von Bedeutung sein könnte, wenn die römischen Gesetzgeber bei der Redaktion ihrer Gesetze in stilistischer Beziehung nur immer mit der äußersten Pedanterie zu Werke gegangen wären. So vorsichtig sie auch bekanntlich gewesen sind, — daß sie bewußt oder unbewußt auch mitunter, namentlich wo nur Silbenstecher Zweifel anregen konnten, nicht mit der Peinlichkeit, wie gewöhnlich, stilisiert haben, dafür ließe sich auch für die Zeit der Republik schon manches Beispiel anführen; ich erwähne nur das dritte Kapitel der Lex Aquilia, wo es ‚quanti in XXX diebus proximis fuit‘ statt ‚. . . plurimi fuit‘ hieß (Dig. 29, 8 [9, 2]). —

Daß der vindex in cap. XXI ein locuples vindex sein soll und auch für den in ius vocatus (Dig. 1 [2, 6], 2 pr. 5, § 1 [2, 8]) ein locuples vindex erfordert wird, das spricht nicht, wie Lenel meint, gegen die Beziehung des zweiten Satzes des cap. XXI der Lex Rubria auf satisdatio bei vadimonium. Denn wer sagt uns denn, daß die Eigenschaft des locupletem esse nur für den vindex des in ius vocatus erfordert war. Auch der vindex der lex col. Genet. Juliae mußte ein locuples sein, und doch ist er von dem vindex vocati völlig verschieden; und sollen wir etwa glauben, daß bei dem vadimonium da, wo satisdatio dafür gefordert war, etwa auch Sponsoren zugelassen worden wären, deren Vermögen nicht ausreichende Sicherheit für die stipulierte Strafe bot? —

Der vindex des cap. XXI der Lex Rubria soll nach Lenel darum nicht auf vadimonium bezogen werden können, weil jeder bedächtige Forscher davon auszugehen habe, daß ein technischer Terminus technisch gemeint sei, und sich darum nach der sonstigen technischen Bedeutung umzusehen habe; der technisch sogenannte vindex komme aber nur bei der legis actio per manus iniunctionem und bei der in ius vocatio vor, und da manus iniectio hier nicht in Frage sei, so könne der vindex hier nur den der in ius vocatio bedeuten. Ich meine aber, ein bedächtigter Forscher lasse sich nicht eine Petitio principii zu schulden kommen, und eine solche liegt bei Lenel hier offenbar zutage. Wenn der Ausdruck vindex in zwei Stellen bei Gaius und in



der *lex col. Gen. Juliae* als technische Bezeichnung für zwei wesentlich verschiedene Erscheinungen gebraucht wird, so daß wir ihn nur als die technische Bezeichnung einer beide umschließenden Gattung ansehen dürfen, und wenn wir dann den Ausdruck in einer ferneren Stelle finden, von der es auch nur zweifelhaft ist, ob sie sich auf eine jener beiden Spezies der Gattung *vindex* beziehe, so wird ein bedächtiger Forscher sich fragen, ob in dieser Stelle nicht vielleicht eine dritte, von jenen beiden verschiedene Spezies aus der Gattung *vindex* vorliegt, und sich erst dann entschließen, den *vindex* dieser Stelle auf eine jener beiden zu deuten, wenn eine genaue Betrachtung der Stelle, unabhängig von dem uns aus anderen Stellen Bekanntgewordenen ihm ergeben hat, entweder daß eine dritte Spezies hier nicht in Frage kommen könne, oder daß der *vindex* hier notwendig als die eine oder andere der bekannten Arten gedeutet werden müsse. Die Unmöglichkeit, den *vindex* der *lex Rubria* auf *manus iniectio* zu beziehen, ist Lenel zuzugeben, sie liegt auf der Hand; die Unmöglichkeit aber, ihn auf *in ius vocatio* zu beziehen, werde ich an einer späteren Stelle nachweisen. —

Was ich mit Rücksicht auf *cap. XX* der *lex Rubria* als möglich annähme: Auferlegung der Bestellung eines *vindex* durch Dekret *in iure* soll nach Lenel „einfach unmöglich“ sein. Weshalb es einfach unmöglich sein soll, sagt Lenel nicht, und ein Grund ist nicht einzusehen. Wenn die Stelle auf *vadimonium* bezogen wird, und man deshalb ein *vadimonium cum satisdatione* annehmen muß, so ist die Auferlegung der als Bestellung eines *vindex* bezeichneten *satisdatio* durch Dekret genau so gut möglich, wie die der *satisdatio* bei der *cautio damni infecti*, für die das Dekret in *cap. XX*, *Z. 10* erwähnt wird. —

Auf das Argument, das ich aus der Nachstellung der *in ius vocatio* hinter das *vadimonium*, die wir nach Lenel annehmen müßten, hergeleitet habe, lege ich kein besonderes Gewicht; nur glaube ich, daß die von Lenel versuchte Erklärung dieser Seltsamkeit ungenügend ist. Die Nachstellung der Worte ‚*in iudicium deductae*‘ hinter ‚*rei iudicatae*‘ in der Bezeichnung der *exceptio rei iudicatae* etc., auf die sich Lenel als eine analoge Erscheinung beruft, erklärt sich m. E. historisch. Die Konsumtionswirkung der *litis contestatio* beruhte, wie ich in

meiner *Litis contestatio* S. 156, not. 1 wahrscheinlich gemacht zu haben glaube, nicht auf gesetzlicher Bestimmung, sondern auf einer späteren „extensiven Auslegung“ von Gesetzesworten, die jene Bezeichnung zwar sprachlich zuließen, aber ursprünglich nur die nochmalige Aburteilung bereits judizierter Sachen verhindern wollten, und so wird vielleicht Hand in Hand mit der Entwicklung dieses Rechtes für Fälle, in denen das Gesetz unmittelbar eingriff, auch in den nicht von dem Gesetze betroffenen Fällen, auf die der Prätor durch Gewährung einer *exceptio* das Prinzip des Gesetzes übertrug, ursprünglich die *exceptio* nur für *res iudicata* gegeben, erst später auf die *litis contestatio* übertragen worden sein und demgemäß, entsprechend dieser Erweiterung der Anwendung der *exceptio*, deren Bezeichnung einen die Ausdehnung andeutenden Anhang erhalten haben. Was Lenel geltend macht: daß das cap. XXI in seinem ersten Teile überall nur einen in iure erschienenen Verklagten voraussetze, spricht viel mehr dafür, daß es auch in dem letzten Passus von der gleichen Voraussetzung ausgehe, als, wie Lenel meint, für die Annahme, daß der Gedanke an diesen mit jenem in einer gewissen Verwandtschaft stehenden Fall als ein ferner liegender dem Gesetzgeber erst später gekommen wäre; — als ob die römischen Gesetzesverfasser ihre Gedanken nur in der Reihenfolge, in der sie ihnen gekommen, hätten niederschreiben können, und ihnen eine nachfolgende systematische Anordnung der ihnen bei der vorgängigen Erwägung des Gesetzes gekommenen Gedanken fremd gewesen wäre! —

Alle hier von mir gegen Lenel und für meine Ansicht vorgebrachten Gründe treten aber an Bedeutung zurück gegen ein früher von mir noch nicht vorgebrachtes und m. E. schlechthin entscheidendes Argument, das sich aus folgenden Erwägungen ergibt.

In dem Schlußsatze des cap. XXI der *Lex Rubria* wird von ‚*iudicium, recuperatio*‘ gesprochen, die gegen jemanden angeordnet werden soll, der einer ihm obliegenden Prozeßpflicht nicht genügt; dabei wird ausgesprochen, es solle den dieses *iudicium recuperatio* betreffenden Bestimmungen durch die *lex Rubria* nicht präjudiziert werden. Die Voraussetzungen jenes *iudicium* oder, wie wir nach Lenel annehmen müßten, jener *iudicia*, werden an der Stelle nicht angegeben. Wenn nun ent-

schieden werden soll, ob es sich um ein einziges iudicium handle, das sich auf den Fall des vadimonium oder um zwei iudicia, von denen nur das erste sich auf vadimonium, das zweite auf in ius vocatio bezieht, so werden wir zu fragen haben: wie müßte sich ein Gesetzgeber korrekt ausdrücken, wenn er die Nichterfüllung der dem Verklagten bei dem Vadimonium, und wie, wenn er die Nichterfüllung der dem in ius vocatus obliegenden bekannten Verpflichtungen zum Gegenstande eines von dem Gegner in einem iudicium zu verfolgenden Anspruches macht? und wie würde er da, wo er das eine oder andere dieser iudicia oder beide unter Bezeichnung ihres Tatbestandes erwähnt, sich ausgedrückt haben? — denn einen korrekt redenden Gesetzgeber haben wir selbstverständlich vorauszusetzen. Finden wir, daß die in cap. XXI der lex Rubria gebrauchte Ausdrucksweise mit der für den einen oder andern Fall oder für beide Fälle geforderten übereinstimmt, so werden wir die Stelle gerade auf den Fall beziehen müssen, für den wir sie vorher, von dem wirklichen Wortlaute des Gesetzes absehend, als die zutreffende festgestellt haben.

1. Der Fall der Verletzung der Pflicht zur Bestellung eines Bürgen bei dem vadimonium.

Liegt dem Beklagten die Bestellung eines vadimonium cum satisfactione, also eine kumulative Verpflichtung ob, und nehmen wir an, daß der zu diesem Zwecke zu bestellende Bürge vindex heißt, so würde er gegen seine Pflicht in doppelter Weise verstoßen können und die condemnatio auf Strafe in dem für diesen Fall angeordneten iudicium von einem alternativ zu fassenden Tatbestande abhängig zu machen sein. Die Strafe würde verwirkt sein, entweder *a)* wenn er selbst nicht promittiert oder *b)* wenn er zwar promittiert, aber nicht den vindex bestellt hat; lateinisch: ‚si non repromiserit aut vindicem non dederit‘; genau so wie es in dem analogen Falle der lex Rubria cap. XX, Z. 11 heißt: ‚. . . quei eorum ita non repromeisserit aut non satis dederit.‘

2. Der Fall der in ius vocatio.

Der Geladene hat die alternative Verpflichtung, entweder dem Ladenden zu folgen (ire, venire) oder einen vindex zu stellen. Einer solchen alternativen Verpflichtung wird entgegengehandelt, wenn der Verpflichtete — gleichviel, ob wir eine alternative

Verpflichtung im eigentlichen Sinne oder eine Verpflichtung mit *facultas alternativa* annehmen — keines von beiden tut. Lateinisch für unseren Fall ausgedrückt, entweder: ‚*si neque venerit neque vindicem dederit*‘ (wie Gaius IV, 46 sagt), wie es auch in dem analogen Fall der *actio hypothecaria* heißt: ‚*eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse*‘ oder, was damit nach bekannten Regeln der lateinischen Syntax gleichbedeutend ist: ‚*si non venerit aut vindicem non dederit*‘, genau so wie es in dem analogen Fall der *lex Rubria*, cap. XXI, Z. 11, heißt: ‚*si non responderit aut se sponsione iudicioque . . . non defenderit*‘. Der Satz: ‚*si vindicem non dederit*‘ allein, ohne die andere Alternative als Angabe des Tatbestandes für einen gegen den Verklagten wegen Verletzung seiner alternativen Verpflichtung gewährten Anspruch gesetzt, würde ein fehlerhafter Ausdruck sein; denn auch wenn er keinen *vindex* bestellt hat, kann er doch die ihm in erster Linie obliegende Verpflichtung zum *venire*, *ire* erfüllt haben, ein Fall, in dem trotz unterbliebener Bestellung des *vindex* die Strafe nicht verwirkt sein würde.

Hieraus ergibt sich mit voller Sicherheit, daß der zweite Satz in der *lex Rubria* (‚*aut vindicem locupletem ita non dederit*‘) nicht der Ausdruck des Tatbestandes einer gegen den in *ius vocatus* zu richtenden Strafklage sein kann. Dagegen stimmt der Satz ‚*quei ita vadimonium . . . non promeisserit aut vindicem locupletem non dederit*‘, als ein Ganzes betrachtet, genau mit der Redeweise, deren sich der Gesetzgeber bedienen mußte, um die Nichterfüllung einer alternativen Verpflichtung auszudrücken, und darum sind wir eben genötigt, den Satz als eine Einheit aufzufassen und dessen zweiten Teil ebenso wie den ersten auf *vadimonium cum satisfactione* zu beziehen.

Für diese einheitliche Beziehung spricht schließlich auch der Singular: ob *eam rem* etc. Denn hätte der Gesetzgeber zwei verschiedene *iudicia* auf Grund zweier ganz verschiedenen Pflichtverletzungen im Auge gehabt, so hätte er ‚*ob eas res*‘ sagen müssen, wie er in anderen Fällen, wo es geboten war, auch getan hat (vgl. *lex Rubria*, cap. XXII, Z. 40, 41, 42, 43, 45, 46, ferner *Fragm. Atestinum*, Z. 7).

Was hieraus für die Bedeutung des *vindex* und seine rechtliche Stellung folgt, soll an späterer Stelle noch besprochen werden.

## III.

**Lenels Methode zur Ermittlung der Bedeutung des vindex.**

Nachdem sich so alle von Lenel vorgebrachten Einwände als nach jeder Richtung verfehlt erwiesen haben, ist es von Interesse, noch etwas näher von seiner Methode Kenntnis zu nehmen, um zuzusehen, was aus ihr für die Art, wie eine solide Forschung und solide wissenschaftliche Arbeit, die er (S. 234, 237) bei mir vermißt, sich lernen läßt.

Sein Gedankengang, wie er uns in seinen wiederholten Bearbeitungen dieser Materie entgegentritt, ist dieser. Gaius (IV, 46) bezeichnet denjenigen, der durch sein Eintreten den in ius vocatus von der Folgepflicht befreit, als vindex. ‚Vindex‘ ist ein im alten Zivilrecht, und zwar schon in den Zwölftafeln vorkommender Ausdruck. Mithin muß der Begriff und die rechtliche Stellung des vindex der in ius vocatio im alten Zivilrecht seine Wurzel haben. Freilich ist es zweifelhaft, ob der vindex in dem einzigen Zwölftafelsatze, der ihn erwähnt (Tab. I, 4: Adsiduns adsiduo etc.), auf in ius vocatio und nicht vielmehr allein auf manus iniectio, bei der Gaius (IV, 21) ihn erwähnt, bezogen werden darf. Aber da der Ausdruck offenbar ein technischer Ausdruck des Zivilrechtes ist, und da Gaius ihn bei der in ius vocatio als einen technischen gebraucht und als juristischer Schriftsteller ihn nur als einen technischen gebraucht haben kann, so muß auch der vindex bei der in ius vocatio im alten Zivilrechte wurzeln und seine rechtliche Stellung sich aus dem alten Jus civile erklären. Über diese seine Stellung im Zivilrecht geben uns die Quellen keine Auskunft. Aber es ist selbstverständlich, daß das Eintreten des vindex zivilrechtliche Bedeutung gehabt haben muß, und zwar wahrscheinlich die, daß der Kläger den vindex, der den Verklagten nicht stellte, hat in Haft nehmen dürfen. Von der zivilrechtlichen Form der Bestellung wie von den zivilrechtlichen Wirkungen des Eintretens des vindex ist im klassischen Recht nichts mehr übrig geblieben. Keine zivile, sondern nur eine actio in factum concepta richtet sich nach dem klassischen Rechte gegen den vindex, der den reus nicht sistiert. Die Einführung der actio in factum wird vermutlich den Zweck gehabt haben, die Strenge des Zivilrechtes zu mildern; die Sistierungspflicht aber,

auf deren Nichterfüllung der mit der *actio in factum* geltend zu machende Anspruch beruht, ergab sich nicht aus einem auf Gestellung gerichteten Versprechen, insbesondere nicht aus einem Stipulationsversprechen — wie wäre sonst eine *actio in factum*, statt der *actio ex stipulatu* denkbar gewesen! —, sie trifft den *vindex* kraft Gesetzes.

Hiermit glaube ich den Gedankengang Lenels ohne etwas zu „verschweigen“ oder hinzuzusetzen, richtig wiedergegeben zu haben.

Zergliedern wir uns diesen Gedankengang!

1. Der Ausdruck *vindex*, den Gaius (IV, 46) bei *in ius vocatio* gebraucht, kommt schon in den Zwölf Tafeln vor; mithin muß dieser *vindex* ein Institut des alten *Ius civile* sein, in ihm seine Wurzel haben, — obgleich es völlig unerwiesen ist, daß die Stelle ‚*Adsiduus adsiduo etc.*‘ der Zwölf Tafeln auf den *vindex vocati* zu beziehen sei. Daß sie von einem *vindex* im Sinne eines Bürgen schlechterdings nicht verstanden werden könne, habe ich in meinem Altrömischen Schuldrecht, S. 190 ff., gezeigt. Ebenso habe ich dort mit von Lenel nicht widerlegten Gründen dargelegt, daß ein *vindex* als Befreier von der Folgepflicht bei *in ius vocatio* im Rechte der Zwölf Tafeln überhaupt nicht vorkommen konnte. Aber auch ein äußeres Moment spricht dagegen, daß die Folgepflicht nach den Zwölf Tafeln durch Eintreten eines *vindex* hätte ausgeschlossen werden können. Wäre es möglich gewesen, so hätten die Zwölf Tafeln sicher in dem Satze: ‚*Si in ius vocat, ito*‘, das in der Form einer negativen Bedingung ‚*ni vindex exstiterit*‘ oder einem ähnlichen Satze ausgesprochen, wie sie auch (Tab. III) das ‚*secum ducito*‘ von der Bedingung: ‚*ni quis endo eo in iure vindicit*‘ abhängig machten. Bloß darum, weil das Wort *vindex* in den Zwölf Tafeln stand, irgend etwas für die Bedeutung des später bei *in ius vocatio* auftretenden *vindex* zu schließen, ist unmöglich. Bloß darum, weil ein Wort, das in den Zwölf Tafeln vorkommt, später aber, wie wir sahen, zur Bezeichnung sehr verschiedener Begriffe verwendet wurde, sollen alle Begriffe, die noch in der Zeit der Klassiker mit diesem Worte bezeichnet werden, auch wenn ihrer in keiner sonstigen über die Zwölf Tafeln berichtenden Quelle als ihnen angehöriger Erwähnung geschieht und das auf sie bezügliche Recht dem

alten Zivilrecht angehören! Ist denn eine Erweiterung des Sprachgebrauches, eine Ausdehnung der Bedeutung alter Kunstausdrücke über ihr ursprüngliches Anwendungsgebiet unmöglich und etwas so Ungewöhnliches? In einer sehr gelehrten Ausführung hat Brassloff (Zur Kenntnis des Volksrechtes in den romanisierten Ostprovinzen, S. 51 ff.) gezeigt, welche von der ursprünglichen sich außerordentlich weit entfernenden Bedeutungen das Wort und die rechtliche Stellung der vindices in den romanisierten Ostprovinzen des Reiches angenommen hat. Sollten wir etwa auch für diese vindices des codex Theodosianus und der justinianischen Novellen und für das für sie geltende Recht die Wurzeln im alten Jus civile suchen?

2. Wie der alte zivilrechtliche vindex vocati, über dessen Vorkommen in den Zwölftafeln und in sonstigen Gesetzen also nichts zu ermitteln ist, bestellt wurde, das wissen wir natürlich erst recht nicht, und auch nicht, wie er funktionierte. Trotzdem stellt Lenel darüber eine Hypothese auf. Als Bestellungsart stellt er sich einen zivilen Formalakt vor. In betreff der Wirkungen des Eintritts als vindex denkt er sich eine „pfandartige Haftung“, das Recht des Klägers, ihn zu verhaften. Solche jeder Unterlage entbehrende Vermutungen kann man nicht anders denn als freie Phantasien bezeichnen; man könnte ebensogut dem Kläger das Recht der Tötung des nicht sistierenden vindex zuschreiben. Man braucht zur Widerlegung solcher Hypothesen kein Wort zu verlieren; ich habe schon früher (Zeitschr. f. R. G., Bd. 37, S. 305 f.) von ihnen gesprochen.<sup>6\*)</sup>

<sup>6\*)</sup> Lenel (S. 253 f.) nimmt als gewiß an, daß der Kläger den Beklagten, der der Ladung zwar gefolgt war, aber sein Wiedererscheinen nicht durch vades sicherstellte, in Personalhaft nehmen konnte, und hält darum den Gedanken für „überaus naheliegend“, daß der gestellungspflichtige vindex pfandartig mit seiner Person gehaftet habe, bis er den eigentlichen Gegner stellte oder den Kläger befriedigte. Hier ist jede Schlüssigkeit zu vermissen. Auch wäre ein solches Verfahren nur denkbar gewesen, wenn der Gesetzgeber es von vornherein darauf angelegt hätte, das ganze Institut der Gestellungsbürgschaft lahm zu legen; denn wer würde sich auf eine solche Gefahr hin zu einer Bürgschaft je verstanden haben! Aber schon Lenels Prämisse ist falsch. Eine allgemeine Erwägung schon läßt es als unmöglich erscheinen, daß der Kläger den erschienenen Verklagten im Falle einer Vertagung hätte verhaften und bis zum nächsten Termine, vielleicht Monate lang, in Haft halten dürfen. Der Kläger hat in iure einen Anspruch erhoben, den der Verklagte bestreitet. Die meritorische Behandlung ist dem iudicium vorbehalten. Der Anspruch ist also zunächst noch nicht

3. Die *actio in factum* für den Anspruch auf Leistung des Interesse wegen Nichtgestellung soll den Zweck gehabt haben, die harte zivilrechtliche Folge zu mildern! Wie stand also die Sache jetzt? Der alte Formalakt, durch den jemand zum *vindex* wurde, ist verschwunden; dahingeschwunden auch die alte Rechtsfolge, die sich an den Eintritt als *vindex* für ihn knüpfte. Der im klassischen Rechte als *vindex* eintritt, führt nur noch den Namen des alten zivilrechtlichen *vindex*. Es wäre nun schon etwas ganz Ungewöhnliches, daß, wenn der Prätor den alten zivilrechtlichen Wirkungen eines Tatbestandes äquivalente substituiert oder ähnliche Wirkungen mit einem anderen Tatbestande verbindet, die Juristen das damit nach dem Vorbilde des *Jus civile* geschaffene Institut mit demselben Ausdrucke bezeichnet hätten, der als der technische Name des parallel gehenden zivilrechtlichen Institutes in Übung stand.

im geringsten erwiesen, auch nicht einmal auf Grund summarischer Kognition bescheinigt und vielleicht in ganz frivoler Weise erhoben. Und nun soll der Verklagte bloß darum, weil er keinen Bürgen für sein Wiedererscheinen stellt, seiner Freiheit ohne weiteres beraubt werden können? Ist er denn dadurch, daß er belangt wurde, ein unsicherer Mann geworden? Vielleicht wohnt er in nächster Nähe und ist ein vollkommen zuverlässiger und seßhafter Mann; nur kann er keinen Bürgen finden, und darum soll er eingesperrt werden dürfen! Könnte denn heutzutage jemand für möglich halten, daß die Anstellung einer Klage kurzerhand als Arrestgrund gegen den Verklagten behandelt würde? Lenel wird sich hier vielleicht wiederum auf die völlige Verschiedenheit der „Anschauungen“ der alten Römer von den unserigen berufen; und ein wie himmelweiter würde der Abstand der Anschauungen hier sein; denn nach Lenel soll ja heutzutage die Kreditwürdigkeit nicht einmal eine wesentliche Eigenschaft eines Kreditsuchenden sein (Iherings Jahrb., Bd. 44, S. 22)! Auf einen solchen Einwand könnte nur erwidert werden: ein derartiges Recht würde so verkehrt sein, daß keine Zeit denkbar ist, für die man es nicht so nennen müßte.

Aber woher weiß denn Lenel, daß in alter Zeit der erschienene *vocatus* überhaupt auch nur zur Bürgenbestellung verpflichtet gewesen sei? Denn in klassischer Zeit wurde doch nur ein einfaches Sponsionsversprechen des Wiedererscheinens und nur ausnahmsweise *satisfatio* von ihm verlangt. (Die Annahme von Bethmann-Hollweg [Der römische Zivilprozeß, III, S. 250 f., wörtlich ebenso schon in seiner Gerichtsverfassung und Prozeß des sinkenden römischen Reichs, 1834, S. 256 ff.], der Verklagte sei regelmäßig zur Bestellung von Kaution durch Bürgen verpflichtet gewesen und, wenn er sie nicht bestellen konnte oder wollte, von dem Exekutor während des Prozesses bewacht oder im gerichtlichen Gefängnis behalten worden, wird durch die von ihm a. a. O. § 157, not. 49—52, angeführten, fast durchgängig sehr dunkeln Stellen nicht bewiesen. Sie beziehen sich gewiß, sofern sie nicht nur den Strafprozeß betreffen, nur auf die besonderen Ausnahme-



Der prätorische Erbe heißt nicht heres, sondern bonorum possessor, die rechtliche Stellung des mit actio Publiciana Geschützten nicht dominium, sondern in bonis esse, das formlose Versprechen der Bezahlung einer fremden Schuld nicht fideiussio, fidepromissio oder sponsio, sondern constitutum. Daß aber ein prätorisches Institut, das mit einem zivilrechtlichen nur noch den Zweck gemein hat, aber in Tatbestand und Rechtswirkungen von diesem völlig verschieden ist, jemals den Namen des zivilrechtlichen angenommen hätte, dafür wird sich kein Beispiel finden lassen. Eine den Annahmen Lenels analoge Erscheinung würde es sein, wenn etwa das Vertragspfand fiducia, ein einseitig verpflichtendes pactum stipulatio genannt worden wäre. Die historische „Wurzel“ des vindex der in ius vocatio bei Gaius soll also liegen in einem vindex, den Lenels Phantasie geschaffen hat; aber zwischen dieser Wurzel und

fälle, in denen satisfactio gefordert war, und zu denen namentlich, wie es nach einigen dieser Stellen scheint, auch die fiskalischen Ansprüche auf öffentliche Abgaben und Gebühren gehörten.)

Aber nach Lenel „wissen wir es aus Plautus, Persa 2, 4, 18“. Diese Stelle beweist es aber schlechterdings nicht. Es kann hier, wo es sich ja überhaupt nur um eine Anspielung auf einen rechtlichen Vorgang und um ein Wortspiel handelt, gar nicht an ein vadimonium des Zivilprozesses gedacht werden. In einem Wortwechsel mit dem jungen Sklaven Paegnium sagt der Sklave Sagaristio von ihm: „Vadatur hic me“, worauf der andere erwidert: „Utinam vades desint, in carcere ut sis“, „dieser Mensch verlangt einen Bürgen von mir.“ „Möchte doch“, so antwortet der andere, „kein Bürge sich für dich finden, damit du ins Loch marschierst.“

Bürgen aber, vades, praedes, werden doch nicht bloß im Zivilprozeß, beim vadimonium — aber auch hier doch nur in besonderen Fällen — bestellt; von alters her und lange vor Plautus schon war im Strafverfahren die Stellung von vades das Mittel, durch das der Angeklagte die Entlassung aus der Untersuchungshaft erlangen konnte (vgl. besonders Livius, III, 13 med.: ‚tot vadibus accusator vadatus est reum, hic primus vades publicos dedit‘, Mommsen, Röm. Strafrecht, S. 327 ff.), und nicht nur die ganze Situation in der Szene, sondern auch gerade die Erwähnung des ‚carcer‘ weist mit Bestimmtheit darauf, daß die Anspielung sich auf ein Strafverfahren bezieht. Auch hier also steht wiederum die Zuversichtlichkeit von Lenels Behauptungen im umgekehrten Verhältnis zu der Zuverlässigkeit seiner Beweise.

Die hier besprochene Hypothese Lenels steht offenbar in Zusammenhang mit den Ideen, die er schon früher über vades und praedes geäußert hat (vgl. Zeitschrift für R. G., Bd. 37, S. 414). Die gänzliche Unhaltbarkeit der auch hier mit größter Zuversichtlichkeit vorgetragenen Ansichten werde ich bei anderer Gelegenheit darlegen.

dem Stamme, der in dem *vindex* des *Gaius* vor uns steht, ist, wie der Sache nach *Lenel* selbst zugesteht, nicht die Spur eines Zusammenhanges zu finden, außer dem, der durch die Gemeinschaft des Zweckes begründet wird. Ich glaube nicht, daß solche Aufstellungen den Grundsätzen rechtshistorischer Methode entsprechen.

4. Wie *Lenel* sich das „Eintreten“ des *vindex* denkt, ist von ihm völlig im Unklaren gelassen. Eine *spensio in iure sisti* soll es nach ihm nicht sein; als Erteilung eines formlosen Versprechens sieht er es wohl auch nicht an; sonst würde er in diesem den Rechtsgrund der Haftung des *vindex* finden. Dennoch bezeichnet er das Eintreten des *vindex* in seinem *Edictum perpetuum*, S. 54 als eine eigentümliche Art der „Gestellungsbürgschaft“. Auf der anderen Seite aber soll die Haftung des *vindex* „kraft Gesetzes“ begründet sein. Man könnte sich nun denken, daß er in dem Eintreten des *vindex* ein unerlaubtes Verhalten sähe. Nur stimmt damit nicht das ‚*vindicem dare*‘, das Erfordernis der Zahlungsfähigkeit (denn das Delikt könnte der Vermögenlose ebensogut begehen wie der *locuples*) und die Tatsache, daß das ‚*vi eximere*‘ in einer besonderen Klausel des *Edikts* unter Strafe gestellt ist; das Eintreten des *vindex* wäre nach *Lenel* doch jedenfalls ein ‚*eximere*‘, und wenn schon dieses allein den *vindex* verantwortlich macht, wozu bedurfte es noch der besonderen Strafdrohung gegen das ‚*vi eximere*‘? Gegen diese ganze Annahme sprechen aber erhebliche Bedenken. Nirgends findet sich nur eine entfernte Andeutung davon, daß die *actio in factum* gegen den *vindex* eine *actio poenalis* war. Er ist verpflichtet ‚*quanti ea res erit*‘ zu leisten. Lag in dem Eintreten des *vindex* ein Delikt, so war es ferner konsumiert im Momente seines Eintritts. Wie konnte dann aber seine Haftung noch von der Nichtbefolgung eines an ihn ergangenen Dekretes abhängig gemacht werden? *Lenels* *vindex* scheint eine so „eigenartige“ Figur zu sein, daß sich die Eigenartigkeit ihrer Entstehung gar nicht beschreiben läßt. Und doch wird der Prätor in der Formel der *actio in factum* dem *iudex* haben sagen müssen, was der Verklagte getan haben müsse, um zum *vindex* zu werden. Hieß es vielleicht in der Formel: ‚*Si N.<sup>us</sup> N.<sup>us</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> vindex exstiterit etc.*‘, wie *Lenel* in *Dig.* 10, pr. (2, 11) und an anderen Stellen in seiner *Palin-*

genesis (I, 1147 not. 2 etc.) statt ‚promiserit‘ restituiert? Damit würde mancher iudex nichts haben anfangen können, und der von ihm um Rat befragte Jurist konnte doch auf seine Frage, was denn ein vindex sei, nicht antworten: ein vindex ist eben ein vindex. Lenel wird vielleicht sagen, es werde jedermann bekannt gewesen sein, was ein vindex sei und wie man vindex werde; aber wenn es ein Tun oder Reden gewesen wäre, das gänzlich außerhalb aller uns bekannten eine Obligation erzeugenden Tatbestände gelegen hätte, so müßten wir doch in den Quellen, wenn nicht über den Tatbestand selbst, so doch darüber, daß es sich hier um einen ganz „eigenartigen“, von allen sonstigen völlig abweichenden Tatbestand handle, irgend eine Andeutung finden; Gaius namentlich würde uns eine Notiz darüber gewiß nicht vorenthalten haben. Die Quellen hüllen sich aber über diesen Punkt ebenso in Schweigen wie Lenel.

#### IV.

##### **Die rechtliche Stellung des Gestellungsbürgen.**

Durch die bisherigen Ausführungen scheint mir die Sache soweit geklärt, daß wir uns auf Grund einer unbefangenen Betrachtung der Quellen ein sicheres Urteil nicht nur über die Bedeutung des Wortes vindex, sondern auch über die rechtliche Stellung des vindex vocati bilden können.

Das Wort vindex kommt, wie oben gezeigt, an fünf verschiedenen Stellen in Gesetzen und in der juristischen Litteratur vor (ich sehe dabei von dem nachklassischen Rechte und den von Brassloff nachgewiesenen Bedeutungen von vindex ab); und wenn wir einen von Gesetzgebern und juristischen Schriftstellern ohne nähere Definition bei Bestimmung der Voraussetzungen für gewisse Rechtswirkungen gebrauchten Ausdruck als einen technischen bezeichnen, so müssen wir auch das Wort vindex als ein technisches ansehen. Die rechtlichen Funktionen des vindex sind, wie oben gezeigt, verschiedene. In den Zwölf-tafeln ist er offenbar kein Bürge, sondern nach der herrschenden Meinung ein Mann, der den mit manus iniectio Ergriffenen aus der Schuldknechtschaft befreit, — dahingestellt, ob durch Übernahme des Prozesses für ihn, oder, wie ich annehme, dadurch, daß er die Gewalt des Klägers auf sich durch in iure

cessio übertragen läßt. In der *lex col. Gen. Juliae* hat die Bestellung des *vindex* offenbar die Bedeutung der *satisfactio iudicatum solvi*. In der *lex Rubria* ist sie das Mittel zur *satisfactio* bei einem *vadimonium*. Bei der *in ius vocatio* ist die Bestellung des *vindex*, wie allgemein anerkannt wird, der Weg, sich von der Folgepflicht zu befreien. Angesichts der Vielfältigkeit dieser Funktionen kann das Wort *vindex* also unmöglich der Ausdruck für eine Person sein, die zu dem einen oder anderen dieser Zwecke allein eintritt, sondern nur für einen Gattungsbegriff, in dem sie sämtlich — vielleicht auch noch andere — enthalten sind. Der durch das Wort bezeichnete Begriff muß also durch ein ihnen allen gemeinsames Merkmal (oder durch mehrere) charakterisiert sein. Welches ist dies Merkmal?

In meinem früheren Aufsatz über den *vindex* habe ich es in dem Leisten einer Bürgschaft gesehen, indem ich, ausgehend von der Funktion des Zwölftafelvindex als eines Retters, Befreiers aus einer Gefahr, annahm, daß die Römer auch den Bürgen, der ja stets einem andern den Dienst leistet, ihn aus einer bestimmten Gefahr, aus einer wirtschaftlichen Notlage zu befreien, *vindex* genannt hätten. Hiermit waren die Grenzen dieses Begriffes allerdings zu weit gezogen. Denn der Zwölftafelvindex ist, wie man ihn auch verstehen mag, sicher kein Bürge gewesen und den Alten war das jedenfalls zu Gaius' Zeit gewiß noch bekannt. Es ist daher richtiger, nach einem Merkmal zu suchen, das den späteren Anwendungsweisen mit der Bedeutung von *vindex* in den Zwölftafeln gemeinsam ist, und als solches bietet sich allein das der Befreiung einer Person aus der rechtlichen Gewalt eines anderen dar. Das trifft unzweifelhaft zu für den *vindex* der Zwölftafeln, der *lex col. Gen. Juliae* und für den *vindex* bei *in ius vocatio*. Überall befindet sich hier der, für den der *vindex* eintritt, buchstäblich in der Hand eines andern, und er befreit ihn aus der Gewalt des andern: sobald er eintritt, muß der andere ihn loslassen. ‚*dimittere*‘, wie es in dem Zwölftafelkommentar des Gaius in einer wahrscheinlich auf die *in ius vocatio* bezüglichen Stelle, *Dig. 22, 1 (2, 4)* heißt. Und so wird auch bei Festus s. h. v. der *vindex* definiert: ‚*Vindex ab eo, quod vindicat, quo minus is, qui pressus est ab aliquo, teneatur*‘. Für den *vindex* bei dem *vadimonium* freilich trifft

es nicht wörtlich zu, wenigstens nicht für die klassische Zeit. Ob in alter Zeit irgendwelche Vorkehrungen zum Schutze des Klägers getroffen waren, um sich der Person des Verklagten, der den von ihm erfordernten Bürgen nicht stellt, zu versichern, ist nicht bekannt. Das Edikt hat eine Strafklage gegen ihn eingeführt (Gaius, IV, 185 und lex Rubr. cap. XXI, Z. 26) und außerdem unterlag er der in dem *vadimonium* vereinbarten Strafe, wenn er in dem festgesetzten Termin nicht erschien. Im übertragenen Sinne befand auch er sich deshalb in der Hand des Klägers, und der für ihn eintrat, als Bürge für die Strafsumme und nötigenfalls für ihn zahlend, befreite ihn damit gleichfalls aus dem Banne, in dem ihn der Kläger mit seinem Strafanspruche hielt. Die hier nachgewiesene Bedeutung hatte allerdings keinen Zusammenhang mehr mit der ursprünglichen eigentlichen Bedeutung von *vindex*; denn der älteste *vindex*, der der Zwölftafeln, trug seinen Namen doch wohl von dem (*endo eo*) *vindicere*, dem Formalakt, den er an ihm vollzog; aber weil er sein Befreier war, konnte das Wort leicht die Bedeutung von „Befreier“ annehmen.<sup>7)</sup>

Dadurch, daß die Gesetze und vielleicht auch das prätorische Edikt auch diejenigen, die sonst durch ihr Eintreten einen andern vom Kläger freimachten, *vindices* nannten, hatten sie diesen Begriff zu einem technischen erhoben, indem sie von der allen diesen Fällen gemeinschaftlichen Wirkung als dem charakteristischen Kriterium ausgingen. Durch welches Mittel die Befreiung vollbracht wird, das kommt in dem Worte nicht zum Ausdruck. Aber dieses Mittel war für die Fälle des *vindex* außerhalb der Zwölftafeln allgemein bekannt: es war die Bestellung eines Bürgen im weiteren Sinne, einer Person, die dafür einzustehen versprach, daß ein anderer eine ihm obliegende Leistung beschaffen werde; — und insofern deckten sich für diese Fälle inhaltlich die Begriffe *vindex* und Bürge, und wir können sagen: *vindex* ist der Bürge, der durch sein Eintreten den Verklagten aus der Gewalt des Klägers befreit. Genau dieselbe sprachliche Erscheinung zeigt sich bei dem Worte *satisfatio*. Wörtlich besagt es nur: jemandem Genüge leisten, so daß er

<sup>7)</sup> Eine neue, hier nicht weiter zu erörternde sprachliche Ableitung des Wortes *vindex* hat neuerdings A. Döhring im Arch. f. lat. Lexikogr., Bd. 14, S. 136 (1905) gegeben.

sich wegen eines Anspruches als gesichert erachten darf. Da nun überall, wo jemand zur Leistung einer *satisfatio* verpflichtet war, Bestellung von *sponsores*, wie jedermann bekannt war, dazu erfordert wurde, so ist *satisfatio* zu der Bedeutung: Bestellung von *sponsores* gekommen.

Hieraus ergibt sich für das Verhältnis von ‚*vindicem dare*‘ und ‚*satis dare*‘ folgendes. ‚*Satis dare*‘ ist der weitere Begriff: Sicherstellung mit Bürgen leisten, oder: einen Bürgen zum Zwecke der Sicherstellung wegen eines Anspruches stellen. ‚*Vindicem dare*‘ ist: jemandem einen Bürgen bestellen, ihn durch Bürgen sicherstellen in den Fällen, wo es gilt, sich dadurch aus der Gewalt eines Dritten oder von der Verpflichtung, sich ihm persönlich zu stellen, freizumachen.

Damit verschwindet das Befremdliche, das Lenel darin findet, daß in c. XX der l. *Rubria*, nicht aber auch in cap. XXI der Ausdruck *satisfare* für Bestellung eines Bürgen gebraucht wird. Dort handelt es sich um Bestellung einer *cautio damni infecti*; in c. XXI dagegen liegt ein besonderer Fall gebotener Sicherstellung vor, eine *satisfatio*, durch die ein Verklagter sich aus dem Banne des Klägers, von der Verpflichtung zum Erscheinen in einem festgesetzten Termine befreien kann. Hätte das Gesetz sicher in c. XXI auch den allgemeinen Ausdruck ‚*satis-dare*‘ gebrauchen können, so lag es doch sehr nahe, sich hier des besonderen Ausdruckes zu bedienen, der für *Satisfatio* zu dem hier gerade vorliegenden Zweck offenbar damals geläufig war.

Ich habe soeben als sicher und allgemein bekannt gesetzt, daß in allen drei Fällen, die außerhalb der Zwölftafeln vorkommen, die Befreiung durch Bürgenbestellung erfolgt. Das bedarf nach meinen früheren Ausführungen (S. 8) keines besonderen Beweises mehr für die l. *col. Juliae*, in der es sich um *cautio iudicatum solvi* handelte, auch nicht für die *lex Rubria*, wo der *vindex* auf *vadimonium cum satisfatione* zu beziehen ist. Aber auch für den *vindex* bei in *ius vocatio* kann es nicht bezweifelt werden. Gegen den *vindex* richtete sich hier ein Anspruch auf Leistung des Interesses an der rechtzeitigen Gestellung des Verklagten. Er muß doch auf irgend einem Tatbestande beruhen. An eine Delikthaftung ist nicht zu denken; es läßt sich keine andere als die aus einem Geschäfte, und zwar aus einem Garantieverprechen denken. Daß

aber der Prätor, der sonst solche Sicherheitsleistungen stets in Form der Bestellung von Sponsoren verlangt, gerade hier etwa ein einfaches, formloses Versprechen zugelassen habe oder für diesen Fall gerade eine „eigenartige Gestellungsbürgschaft“ erfunden haben sollte, ist nicht glaublich, und noch weniger, daß er es aus dem alten Zivilrecht entnommen haben sollte. Denn die Geschäfte des *Jus civile* waren durchweg formelle.

In dem *vindex* bei in *ius vocatio* einen Bürgen zu sehen, nötigt auch die Vorschrift, daß er, genau so wie in der l. col. Gen. Juliae und der bei *vadimonium* ein *locuples* sein muß, und zwar *locuples pro qualitate rei*, d. h. ein Mann, der vermögend ist im Verhältnis zu der Hauptschuld. Das hat nur Sinn bei demjenigen, der für eine fremde Schuld irgendwie einzustehen hat; und auch der *vindex* bei in *ius vocatio* haftet ja, obwohl er nicht für die eingeklagte Schuld, sondern für in *iure sisti* die Garantie übernimmt, nach der Auslegung, die in der Praxis dem ‚*quanti ea res erit*‘ der *actio in factum* gegeben worden ist, für ‚*veritas*‘, d. h. für das, was der *vocatus* dem Kläger schuldete und was er in dem Prozeß gegen ihn würde haben erstreiten können.<sup>8)</sup>

<sup>8)</sup> Daß die Annahme einer irgendwie gearteten Garantiepflicht des Zwölftafelvindex bei *manus iniectio* an dem Satze ‚*Adsiduus adsiduo vindex esto etc.*‘ unfehlbar scheitern muß, wie ich in meinem Altrömischen Schuldrecht S. 190 ff. gezeigt habe, das hat Lenel nicht widerlegt. Es ließe sich auch in der Tat eine verkehrtere Gesetzesbestimmung als dieser Zwölftafelsatz nicht denken, wenn er so verstanden werden müßte. Was Lenel (S. 397<sup>1)</sup>) aus dem Rechte der Athener für eine solche Auffassung anführt, beweist gar nichts, denn in der von ihm angeführten Angelegenheit handelt es sich nicht um Bestellung einer Sicherheit für eine Geldforderung. Der Gedanke, aus dem die athenische und „ähnliche Bestimmungen“, also auch wohl die der Zwölftafeln hervorgegangen seien, soll, wie er meint, auf der Hand liegen. Es wäre dankenswert gewesen, wenn er sich dennoch einigermaßen über ihn verbreitet hätte. Mit meinen Ausführungen im Texte über den *vindex* sind auch die Einwendungen Lenels in seiner Besprechung meines Altrömischen Schuldrechtes (*Zeitschr. f. R. G.*, Bd. 38, S. 395 ff.) widerlegt. Was Lenel über den Begriff von *vindicare* sagt (a. a. O., S. 397<sup>1)</sup>), bedarf keiner ernstlichen Würdigung. Ich verweise nur auf die bereits früher von mir angeführte Stelle bei Gellius (XX, 10, 7) und ferner auf das als das Komplement zu in *iure cedere* genannte in *iure vindicare* bei Gaius (II, 96). Im übrigen gedenke ich nicht weiter auf die Kritik Lenels einzugehen, in der er es für nötig gehalten hat, entgegen der für wissenschaftliche Erörterungen sonst bestehenden Übung, auch — in vier Zeilen — „das Bild des Schriftstellers“ bei dessen Lebzeiten zu entwerfen.

## V.

**Das Decretum exhibitionis.**

Es bleibt noch übrig, eine Erklärung zu finden für das Dekret des Prätors gegenüber dem *vindex vocati* und dafür, daß aus dessen Sponsion nicht die *actio ex stipulatu*, sondern eine *actio in factum* gegeben wird. Beide Erscheinungen stehen in engem Zusammenhange.

Da, wie auch ich jetzt glaube, der *vindex* nicht die Gestellung des *vocatus* auf einen bestimmten Termin, sondern ‚*vocatum in iure sisti*‘ schlechthin übernahm, so blieb die Festsetzung des Termins zunächst der Vereinbarung unter den drei Beteiligten überlassen. Kam eine solche nicht zustande, so konnte nach *Jus civile* der Kläger jetzt den *vindex* aus der Stipulation belangen; ja, er konnte es sofort, nach dem Grundsatz: ‚*quod sine die debetur statim debetur*‘; und sein Anspruch ging auf das Interesse wegen unterbliebener Sistierung. Das wäre nun, wenn man auch das ‚*statim*‘ in liberaler Weise auslegte, eine außerordentliche Härte gegen den *sponsor* gewesen; hatte er es ja doch nicht in der Hand, jederzeit, wenn es dem Kläger gerade beliebte, ihm den Verklagten zur Stelle zu schaffen. Nachsichtige Behandlung der Bürgen, möglichste Einschränkung ihrer Pflichten nach verschiedenen Richtungen hin, lag ja überhaupt in der Tendenz der römischen Gesetzgebung schon in früherer Zeit.<sup>9)</sup> In einem Staate, in dem nach Sitte und Herkommen das Leisten von Garantien für andere in so vielfältiger Weise Anstandspflicht für den Bürger, insbesondere für den Patron gegenüber dem Klienten, für die Reichen gegenüber den Ärmeren war, und wo die Lebensfähigkeit zahlreicher Rechtseinrichtungen auf einer verbreiteten Bereitwilligkeit zahlreicher Bürger, sich dieser Sitte und dem in ihr gelegenen Zwange zu fügen, beruhte; da mußte es geboten scheinen, den Bogen gegenüber solchen Bürgen nicht zu überspannen, im Gegenteil, ihnen gegenüber Milderungen des allgemeinen Rechtes eintreten zu lassen. Und aus dieser Tendenz ist es wohl zu erklären, wenn der Prätor die nach der Strenge des Rechtes begründete *actio ex stipulatu* in der Regel nicht ohne weiteres gewährte, sondern zunächst dem vom Kläger auf Grund seiner Sponsions-

<sup>9)</sup> Vgl. Karlowa, *Röm. R. G.*, II, 731 ff.



verpflichtung in ius vozierten sponsor durch Dekret aufgab, den Verklagten zu einem von ihm bestimmten Termin zu sistieren; und diesen Termin wird er nach vorgängiger Anhörung der Parteien gewiß unter billiger Berücksichtigung der konkreten Umstände und insbesondere der Möglichkeit der Sistierung anberaunt haben. Der Prätor erblickte also nicht schon in der Nichtgestellung zu einem beliebig vom Kläger bestimmten, sondern in der Nichtgestellung zu einem von ihm selbst festgesetzten Termine ein Zuwiderhandeln gegen das Stipulationsversprechen. Diese Auffassung der Sache ließ sich aber nicht durch *actio ex stipulatu* verwirklichen; denn auf Grund einer solchen würde der *iudex* alle jene nach Billigkeit Berücksichtigung verdienenden Umstände nicht haben in Betracht ziehen können, auch nicht einmal, wenn ein Termin vom Prätor durch Dekret bestimmt war; er hatte nur nach dem *Jus civile* zu urteilen. Als zweckmäßig und im Sinne der Tendenz des Prätors erfolgreich konnte sich hier nur eine *actio in factum* erweisen, in der als Tatbestand die geleistete Sponsion und der Ungehorsam gegen das auf den bestimmten Termin gerichtete Exhibitionsdekret des Prätors enthalten war.

Das Verfahren war hier also, wie ich schon früher (*Zeitschr. f. R. G.*, Bd. 37, S. 314 ff.) ausgeführt habe — auch in seinem Erfolge —, vergleichbar dem Verfahren bei der *actio ad exhibendum*, nur daß bei dieser in der uns überlieferten Gestalt das *iussum exhibitionis* nicht vom Prätor selbst, sondern in Gestalt des *arbitrium* auf Grund der ihm in der Formel erteilten Ermächtigung vom *iudex* erlassen wird.

Freilich konnte dieses die Milderung der Verpflichtung des sponsor bezweckende Verfahren unter Umständen zu seinem Nachteile ausschlagen. In der Praxis wurde, wie ich (*Zeitschr. f. R. G.*, Bd. 37, S. 313, 321 f.) zeigte, das ‚*quanti ea res erit*‘ der *actio in factum* auf den Gegenstand der gegen den *vocatus* beabsichtigten *actio*, allerdings nur soweit er ihn wirklich schuldig war, bezogen, so daß der sponsor, der nach *Jus civile* mit der *actio ex stipulatu* nur auf das Interesse wegen Nichtgestellung des *reus* hätte in Anspruch genommen werden können, schlechthin für die gesamte Schuld des *reus* einzustehen hatte, während das mit der *actio ex stipulatu* erreichbare Interesse an der Nichtgestellung dem Betrage der Schuld des *reus* doch nur dann

gleichkam, wenn ihm der Anspruch infolge eines schuldhaften Verhaltens des *vindex* verloren gegangen war, in der Regel dagegen bei fortbestehender Möglichkeit der Belangung des *reus* sein Schaden nur etwa in den vergeblich aufgewendeten Kosten der Reise zum Gerichtsort usw. bestand.

Infolge jener weiten Auslegung des Wortes ‚*res*‘ in der Formel und der Deutung dieses Wortes auf die Schuld des *reus* war der *vindex* der Sache nach einem wirklichen Bürgen für die Schuld oder einem *defensor* des *reus* gleichgestellt, und durch die Zahlung der Urteilssumme wird der *vocatus* gewiß befreit worden sein, während allerdings weder die *litis contestatio* mit dem *vindex*, noch auch das auf die *actio in factum* ergangene Urteil den Kläger hindern konnte, den *vocatus* selbst nochmals zu *vozieren* und zu belangen, allerdings gegen Bestellung von Kautio gegen doppelte Beitreibung der Schuldsomme, die ja der *vindex*, wenn er zahlen mußte, im Regreßwege von ihm fordern konnte.

Durch die *actio in factum* kann übrigens die *actio ex stipulatu* nicht vollständig verdrängt worden sein; für gewisse Fälle behielt sie ihre Bedeutung. Es können Fälle eintreten, in denen das *iussum ad exhibendum* zwecklos war und daher nicht erlassen wurde, wenn nämlich infolge Verschuldens, mindestens arglistigen Verhaltens des *vindex* die Gestellung des *reus* oder die wirksame Belangung (z. B. wegen inzwischen eingetretener Verjährung der *actio* oder Zahlungsunfähigkeit des *reus*) nicht mehr möglich war. Hier hätte es, wenn das vom Prätor festgestellt wurde, keinen Sinn gehabt, dem *vindex* erst noch durch Dekret die Gestellung des *vocatus* zu einem bestimmten Termin aufzugeben und erst von dem, wie vorauszu- sehen, fruchtlosen Ablauf des Termins die Erteilung einer *actio* abhängig zu machen. Da hier aber eine der Voraussetzungen der *actio in factum* und zugleich das Motiv für eine mildere Behandlung des *vindex* fehlte, so wird hier vermutlich dem Kläger die *actio ex stipulatu* auf das Interesse gewährt worden sein, das sich hier bis auf die Höhe der erloschenen oder gegenüber dem *reus*<sup>10)</sup> uneintreibbaren Forderung belaufen konnte.

<sup>10)</sup> Brassloff, Zur Kenntnis des römischen Volksrechtes, S. 46, geht in seinem Versuche, die *actio in factum* gegen den *vindex* bei in *ius vocatio* zu erklären, von folgender These aus. Die von dem *vindex* abzugebende *promissio aliquem certo*

## VI.

**Die Missio in bona aus dem in Dig. 2 pr. (42, 4) erwähnten Edikte.**

Einer nochmaligen Erörterung bedarf auch endlich das bisher noch nicht genügend aufgeklärte und auch von Lenel nicht richtig gedeutete Edikt, dessen Wortlaut Ulpian im 5. Buche seines Ediktskommentars (Dig. 2 pr. [42, 4]) wiedergibt:

die *sisti* sei eigentlich, wenn man sich an den Wortlaut halte, als ein Versprechen der Leistung eines Dritten ungültig gewesen, die Jurisprudenz aber habe ihren aufrechten Bestand und ihre Klagbarkeit zu sichern gesucht, indem sie das Versprechen dahin interpretierte, daß damit eine eigene Handlung des Promittenten, nämlich den *vocatus* stellen zu wollen, versprochen worden sei. Als Beweis dafür führt er Dig. 81 pr. (45, 1) an. Seine Prämisse und damit seine ganze Erklärung der *actio in factum* halte ich indes nicht für zutreffend. Die *promissio alium sisti* ist, wenn wir den Sprachgebrauch der Römer berücksichtigen, keineswegs als ein Versprechen der Leistung eines Dritten anzusehen. Im römischen Kuralstil und nach dem sich ihm anschließenden ständigen Sprachgebrauch der römischen Juristen wird bekanntlich ganz regelmäßig die in einer Stipulation versprochene Leistung im Infinitivus *praes. pass.* und ohne Bezeichnung der Person des Versprechenden ausgedrückt (Dari *spondes? Tantam pecuniam recte dari, haec sic recte dari fieri praestarique — spondit etc.*, wie es in Urkunden stereotyp immer wiederkehrt); nur sehr selten dagegen findet sich der Inf. *praes. act.* (*dare spondes?*) oder der Inf. *fut. act.* mit Hinzufügung des Subjekts (*me daturum esse*). So lautete denn auch das Sistierungsversprechen, gleichviel, aus welchem Grunde es erfolgte, regelmäßig auf *illum sisti'*. Allerdings wurde ja *sisti'* mitunter auch in medialer Bedeutung gebraucht = sich stellen, und sprachlich wäre also für das Versprechen *illum sisti spondes'* die Auslegung: ich verspreche, daß er sich stellen werde, wohl möglich gewesen. Daß man eine solche Sponson jemals in diesem Sinne und nicht vielmehr stets in dem des bei Stipulationen feststehenden Sprachgebrauches verstanden hätte, ist nicht glaublich, und auch das nicht, daß die in der Abfassung von gesprochenen und geschriebenen Formeln, Urkunden usw. so überaus vorsichtigen Römer (*cavere!*) sich hier gerade stets einer von ihnen selbst für zweideutig gehaltenen Form bedient haben könnten. *Illum sisti spondeo'* hieß für sie nichts anderes als: ich verspreche, ihn zu stellen. Nichts anderes sagt aber auch Celsus in der von Br. angerufenen Stelle: *nam qui alium sisti promittit, hoc promittit etc.*, sagt er, und nicht etwa *promittere videtur, intellegitur, putandus est'* (er wird so angesehen, als ob er usw.). Hätte übrigens ein Zweifel über die Bedeutung von *illum sisti'* jemals bestanden, so wäre er, da diese Formel gewiß schon seit Jahrhunderten in Übung war, zur Zeit des Celsus und erst recht zu Ulpians Zeiten in der Praxis längst beseitigt gewesen. Beide Juristen haben freilich augenscheinlich in dieser Stipulation etwas Unregelmäßiges, Pathologisches gesehen. Aber es ist klar, worin sie es fanden. Die Stelle bezieht sich, wie ihre Herkunft aus dem 77. Buche von Ulpians Ediktskommentar

„In bona eius qui iudicio [iure] sistendi causa fideiussorem [sponsorem?] dedit, si neque potestatem sui faciet neque defenderetur [defendetur], iri iubebo.

Dieses Edikt scheint im Hinblick auf die sich gegen den, qui absens iudicio defensus non fuerit und denjenigen, qui fraudationis causa latitabit richtenden Ediktsklauseln überflüssig, und dieser sich prima facie uns bietende Eindruck kann auch auf dem von Lenel (Edikt S. 58) eingeschlagenen Wege nicht beseitigt

zeigt, auf vadimonium, nicht auf in ius vocatio. Das vadimonium aber bestand in dem Stipulationsversprechen des Verklagten, zum festgesetzten Termine wieder erscheinen zu wollen, und einer hinzugefügten, regelmäßig auf eine bestimmte Summe gehenden Strafsponson. In den Fällen, in denen das vadimonium mit satisfatio zu leisten war, mußte der sponsor jedenfalls die Bürgschaft für die Strafsumme übernehmen, und da sie in iure vor dem Prätor zu leisten war, so wird sie stets korrekt das Strafversprechen enthalten haben. (Ob der sponsor daneben auch die Gestellung des Beklagten zusagen mußte oder nur Bürge für die Strafsumme war, kann hier dahingestellt bleiben.) Eine satisfatio bei vadimonium fand aber, wie auch die Quellen zeigen, mitunter in Fällen, für die sie nicht vorgeschrieben war, auf Grund einer Vereinbarung der Parteien und wohl dann öfter außergerichtlich statt. Wenn in einem solchen Falle einmal eine satisfatio in der Art erfolgte, daß der sponsor nur ‚illum sisti‘ versprach, ohne eine poena zu promittieren, dann konnte die Frage aufgeworfen werden, ob ein solches von der regelmäßigen Gestalt der Vadimoniumsbürgschaft so weit abweichendes Versprechen rechtliche Folgen habe, und auf einen solchen Fall bezieht sich unsere Stelle. Das den Zweifel hier erregende Moment hebt Ulpian klar hervor: nicht in dem alium sisti, sondern in dem Fehlen der sonst üblichen Klausel ‚nisi steterit poenam dari‘ liegt für ihn das Anstößige; aber das Bedenken wird verworfen unter Berufung auf Celsus, der dem Versprechen die Wirkung zuschreibt, die sich aus dem Wortlaut unmittelbar ergibt: im Falle des Nichterscheins des Beklagten committitur stipulatio, d. h. es kann aus ihr geklagt werden, und zwar selbstverständlich auf ‚quidquid dare facere oportet‘, d. h. hier auf das Interesse wegen unterbliebener Gestellung.

Übrigens ist wohl die Frage einer Untersuchung wert, weshalb im Kuralstil und nur in diesem die Römer sich regelmäßig in solchen Stipulationen des Inf. praes. pass. und der unpersönlichen Redeweise bedient haben. Die in dem Gebrauche des mitunter vorkommenden Inf. praes. act. liegende Abweichung von den Regeln der reinen Latinität bedarf keiner Erklärung; er rührt aus der Vulgärsprache her (vgl. Schmalz, Synt. § 153, Anm. 4). Ich vermute aber, daß vielleicht in alter Zeit Bedenken bestanden haben werden, ob, wenn bei einer Stipulation von der Form: ‚me dare, daturum esse spondes‘ ein Dritter für den Versprechenden geleistet hatte, die Schuld ipso iure getilgt sei, da er ja selbst zu leisten versprochen und doch nicht selbst geleistet habe. Um solche formalistische Zweifel abzuschneiden, hat man vielleicht die unpersönliche passivische Form gewählt.

werden. Er meint, ‚potestatem sui non facere‘ bedeute etwas anderes als ‚latitare‘ in dem auf dieses bezüglichen Edikte. Die dem vocatus obliegende Pflicht zum potestatem sui facere bedeute: er solle nicht nur nicht latitieren, er solle vielmehr auch positiv dafür sorgen, daß er dem Gegner zur Verfügung sei, oder, wie er es in der Zeitschr. f. R. G., Bd. 38, S. 250 ausdrückt, es treffe den durch den vindex befreiten vocatus die Pflicht, sich zur Verfügung des Klägers zu halten, — auf wie lange, könne dahingestellt bleiben. Das ist unverständlich. Nach dem Zusammenhange zu urteilen, nimmt Lenel offenbar eine solche Verpflichtung des vocatus gegenüber dem Vozierenden an. Es ist aber gar nicht einzusehen, wodurch sie begründet sein sollte. Der vocatus hat nichts versprochen, nach Lenel soll nicht einmal der vindex etwas versprochen haben; weshalb ihm, nachdem ein anderer für sein Erscheinen zu sorgen, angeblich nach dem Gesetze, verpflichtet worden ist, nun selbst in besonders strenger Weise verpflichtet sein sollte, und strenger als ein vocatus, der keinen vindex bestellt hat, ist nicht einzusehen. Und was heißt denn ferner: jemandem zur Verfügung sein, sich zur Verfügung stellen, wenn es mehr sein soll als das Gegenteil von dem, was Ulpian (Dig. 2, 2 [42, 4]) als ‚potestatem sui non facere‘ bezeichnet, nämlich: ‚id agere, ne adversarius copiam sui habeat, non latitare‘? Im Sinne Lenels könnte man ein potestatem sui facere nur darin sehen, wenn der vocatus sich bei seinem Gegner meldete, um mit ihm zum Gericht zu gehen, und zwar zu einer diesem gelegenen Zeit, oder wenn er in einem festgesetzten Termin erscheint, oder wenn er mindestens während der Gerichtszeiten sich stets in der Schweite des Klägers bewegte. Das sind aber doch alles Zumutungen, die weit über das hinausgehen, was man von jemandem verlangen kann, den ein anderer verklagen will, auch wenn er von ihm bereits geladen worden ist. Wie kann denn der vocatus ahnen, wann und wo der andere ihn zu treffen wünscht? Soll er vielleicht vor seinem Hause oder vor dem des Gegners oder an einem Orte, an dem dieser zu verkehren pflegt, auf und ab promenieren, bis es ihm beliebt, ihn vor Gericht zu fordern? Das oder ähnliches scheint Lenel sich vorzustellen, wenn er sagt, auf wie lange er sich zur Verfügung des Klägers zu halten hat, könne dahingestellt bleiben. Man muß doch bedenken, daß er dem

anderen, der ihn zu verklagen vorhat, vielleicht gar nichts schuldet; daß in ganz frivoler Weise ein Anspruch gegen ihn erhoben wird; und da sollte ganz allgemein, wer in ius voziert ist oder sogar einen sicheren Bürgen bestellt hat, dem er vielleicht sogar Deckung für jeden etwaigen Verlust gegeben hat, sich solche Beschränkungen seiner Bewegungsfreiheit selbst auferlegen? ‚Potestatem sui facere‘ ist synonym mit ‚copiam sui facere‘, ein Ausdruck, der auch in den Digesten der häufiger vorkommende ist<sup>11)</sup>; in den Digesten und in der sonstigen römischen Literatur bedeuten diese Ausdrücke ganz regelmäßig nicht etwa: jemandem vorsätzlich Gelegenheit geben, um von ihm getroffen, gehört zu werden usw., sondern: nicht vorsätzlich sich so verhalten, so leben, daß man von ihm nicht gehört, gesehen, getroffen werden kann. Wer also aus irgend welchen anderen Gründen als in der Absicht, sich vor seinem Gläubiger etwa verborgen zu halten, vielleicht wegen Krankheit oder wegen dringender häuslicher Arbeiten usw. selten oder gar nicht ausgeht oder gerade zu der Zeit, in der der andere, der ihn in ius vozieren will, zu Hause zu sein pflegt oder umgekehrt, kurz, wer in bezug auf sein Verkehren in der Öffentlichkeit seine Gewohnheiten beibehält, von dem kann man nicht sagen: potestatem sui non facit, auch wenn jemand, dem er bei einer in ius vocatio einen vindex bestellt hat, vorhat, ihn von neuem zu laden; und auch von dem, der nachher seine Lebensgewohnheiten geändert hat, kann man es nicht sagen, wenn er es nicht etwa gerade in der Absicht getan hat, sich einer erneuten in ius vocatio zu entziehen.

Verwirft man nun, wie nicht anders möglich, diese Deutung Lenels — auch die von mir selbst (Zeitschr. f. R. G., Bd. 37, S. 318) gegebene war unzutreffend —, so muß das Edikt unerklärbar erscheinen, solange man davon ausgeht, es sei im Interesse desjenigen, der in ius voziert hat, erlassen. Man müßte sich dann notwendig, aber von diesem Standpunkte aus vergeblich, fragen, warum die missio in bona nicht erst recht gegen denjenigen verheißen wurde, der, in ius voziert, keinen vindex bestellt hatte. Gerade diese Erwägung, die Erwähnung

<sup>11)</sup> Die Stellen mit ‚copiam sui facere‘ vgl. im Voc. iur. Rom. s. v. copia p. 1031, Nr. III, die mit ‚potestatem sui facere‘ in Heumann-Thon, Handlexikon s. v. potestas S. 416 c.

der erfolgten Bestellung eines *vindex* nötigt uns, wie ich glaube, in der Verheißung der *missio* eine nicht auf den Vorteil des Klägers, sondern vielmehr des *vindex* berechnete Maßregel zu sehen. Das Edikt spricht unpersönlich: *in possessionem iri iubebo*. Ist nun für den, der den *reus* in *ius* voziert hatte, unter den in unserem Edikt angegebenen Voraussetzungen schon durch andere Ediktsklauseln zur Genüge gesorgt, so kann es wohl nur eine Person im Auge haben, der der Schutz jener andern Edikte nicht zustatten kommt, und das kann nur die in jenem Edikt außer dem *vocatus* noch genannte Person, nämlich der *vindex* sein. Versetzen wir uns in seine Lage! Er hat für den Geladenen gut gesagt, — regelmäßig geschah es aus reiner Gefälligkeit oder unter dem Drucke einer lästigen Anstandspflicht und ohne jede Deckung und in dem Vertrauen, daß der andere sich redlich, sobald es ihm möglich, dem Kläger zum Prozesse stellen werde. Statt dessen hält sich der Geladene verborgen, oder geht auf Reisen oder sucht sich auf andere Weise dem Prozesse zu entziehen, um den *vindex* die Sache ausbaden zu lassen. Dieser läuft Gefahr, für ihn bluten zu müssen: der *reus* wird vielleicht von seinem Verstecke her oder aus der Ferne sein Vermögen beiseite schaffen, so daß ihm nicht nur der Kläger, sondern auch der *vindex* mit einer Begreßklage nichts anhaben kann. Um ihn gegen diese Gefahr zu schützen, verheißt ihm der Prätor *missio in bona*. Das ist ein Recht, das dem *vindex* nicht schon auf Grund der allgemeinen Ediktsklauseln ‚*si fraudationis causa etc.*‘ zusteht; denn sie waren auf Gläubiger mit bereits wirklich bestehenden Ansprüchen berechnet. Der *vindex* aber hat, solange er nicht verurteilt oder mindestens belangt ist, noch keinen Anspruch. Die schon oben erwähnte Tendenz der Begünstigung der Sponsoren, die in verschiedenen bekannten Volksgesetzen hauptsächlich zugunsten des sich für *certa pecunia* Verbürgenden zur Geltung kommt<sup>12)</sup>, hat wohl zu diesem Edikt geführt, das dem *vindex* eine Sicherung gegen die Unredlichkeit des *vocatus* verschaffen sollte. Aus dessen Vermögen mag er nach der *missio* im Falle eigener Verurteilung die Zahlungsmittel entnehmen, oder wenn er

<sup>12)</sup> Vgl. über die bevorzugte Behandlung der Sponsoren und überhaupt der Bürgen nicht nur im römischen, sondern auch in anderen alten Rechten, Girard, *Cours de droit rom.*, S. 753<sup>s</sup> und die dort angeführte Literatur.

aus eigenem gezahlt hat, sich hinterher Deckung verschaffen. Die *missio in bona* war ein Sicherheitsarrest zur Sicherstellung seines Regreßanspruches, für den übrigens die Voraussetzungen der *actio depensi* nicht vorlagen und daher um so mehr ein prätorischer Schutz erforderlich scheinen mußte.

Gegen diese Erklärung unseres Ediktes kann nicht das Fehlen eines Hinweises in ihm auf den *vindex* als den Missionsberechtigten angeführt werden; auch in den Edikten gegen den, *qui fraudationis causa labitabit*, und *qui absens iudicio defensus non erit* ist der Antragsberechtigte nicht genannt und das gab, wie Dig. 7, 7 (42, 4) zeigt, auch bei den Römern schon zu Zweifeln Veranlassung. In dem Falle des *vindex* wird es wohl niemandem zweifelhaft gewesen sein, daß es zugunsten des ja auch in anderer Beziehung in dem Edikte genannten *vindex* eingeführt sei.

Eine gleichartige Sachlage und dieselben Erwägungen wie bei dem *vindex* der in *ius vocatio* mußten übrigens auch wohl für den *sponsor* bei einem *vadimonium* die nämliche Schutzmaßregel gerechtfertigt erscheinen lassen, und wenn man, wie wohl nicht anders möglich, Lenels Behauptung in betreff der Interpolation verwirft und den *fideiussor* auch in unserem Edikt durch einen *sponsor* ersetzt, dann ist hiermit die Beziehung dieses Ediktes auch auf den *Vadimoniumsbürgen* gegeben und wir werden an dieser Annahme auch nicht durch die Stelle, an der das Edikt von Ulpian besprochen wird, gehindert. Wäre diese Annahme richtig, so würden wir hierin einen ferneren Beweis auch für die Behauptung sehen dürfen, daß der *vindex* sich durch *Stipulation* verpflichtete.

## VII.

### Lenels Textkritik.

Mit der Widerlegung der von Lenel über die rechtliche Stellung des *vindex* und über die Bedeutung des Wortes *vindex* verteidigten Lehren ist auch seiner Behauptung, in allen den *Digestenstellen*, die von dem für den *vocatus* Eintretenden reden, sei dieser ursprünglich als *vindex* bezeichnet gewesen und dieses Wort von den Kompilatoren durch den Ausdruck *fideiussor in iudicio sistendi causa* ersetzt worden, der Boden



entzogen. Um die Ansicht Lenels in ihrer völligen Bodenlosigkeit aufzuweisen, will ich noch die textkritische Frage näher ins Auge fassen.

1. Wenn, wie oben gezeigt wurde, der *vindex* nachweislich seit Ende der Republik und in der Zeit der klassischen Juristen in verschiedenen Bedeutungen vorkam, so konnten die Juristen dieses Wort, wo nicht der Zusammenhang gerade auf eine bestimmte Art von Bürgen hinwies, wie z. B. bei Gaius. IV, 46, zu deren Bezeichnung nicht ohne einen unterscheidenden Zusatz gebrauchen. Daher könnte an die Stelle von *vindex* in den Digestenfragmenten höchstens das Wort *fideiussor* getreten sein; die Worte *iudicio [iure] sistendi causa* wären auch neben ‚*vindex*‘ als Bezeichnung der *differentia specifica* unentbehrlich gewesen und auch sie würden den *vindex vocati* zusammen mit dem *Vadimoniumsbürgern* bezeichnet haben, wenn dieser nicht etwa bloß die Bürgschaft für die Strafsponson und nicht auch für das Gestellungsversprechen des Verklagten übernommen hätte, und wenn nicht etwa der Zusammenhang gerade die ausschließliche Beziehung auf einen von beiden erkennbar machte. Daß das Wort *fideiussor* interpoliert ist, läßt sich nicht bezweifeln; aber es besteht keinerlei Grund für die Annahme, daß die Juristen in den Stellen, wo es sich findet, sich nicht desselben Wortes bedient hätten, das sie sonst stets gebrauchen, wo es sich um eine im Prozesse übernommene Verbindlichkeit handelte, nämlich des Wortes ‚*sponsor*‘. War *vindex* nicht ein ausschließlich den Bürgen des *in ius vocatus* bezeichnender Ausdruck, dann kann das Motiv, einen kurzen prägnanten Ausdruck für diesen Bürgen zu haben, sie nicht zur Verwendung dieses Wortes bestimmt haben.

2. Vollends wäre die Ersetzung des Wortes *vindex* durch das Wort *fideiussor* nicht denkbar, wenn, wie Lenel behauptet, der Eintritt des *vindex* sich formlos vollzogen hätte. Wie sollten die Kompilatoren dazu gekommen sein, den auf einen bestimmten Verbalkontrakt deutenden Ausdruck an die Stelle eines andern zu setzen, der auf ein formloses Geschäft hinwies? Ebensogut hätten sie dann auch etwa *constitutum*, wo es Bürgschaftsfunktionen verrichtete, durch das Wort *fideiussio* ersetzen können, um eine Vereinfachung der Terminologie zu bewirken. Dieses gegen die von Lenel behauptete Interpolation sprechende

Argument beweist zugleich, daß der *vindex* in der Tat in Stipulationsform, und zwar durch *sponsio* die Gestellungsbürgschaft vor dem Prätor übernahm.

3. Wäre endlich, *fideiussorem in iudicio dare, accipere* überall an Stelle des *vindicem dare, accipere* getreten, so müßten wir erwarten, daß das Leisten und Annehmen der *Vadimoniums*bürgschaft nicht als *fideiussorem in iudicio sistendi causa dare, accipere*, sondern anders bezeichnet worden wäre. Wäre dagegen auch dieser Bürge als *fideiussor in iudicio sistendi causa* bezeichnet worden, so würde man nicht mehr sagen können, dieser Ausdruck sei als Surrogat für *vindex* von den Kompilatoren erfunden und schematisch für ihn eingestellt worden. Wollte man, vorausgesetzt die Gleichheit der Bezeichnungen für beide, den Bürgen des *in ius vocatus* und den *Vadimoniums*bürgen, darauf hinweisen, daß für eine Unterscheidung beider im Ausdruck im justinianischen Rechte keine Veranlassung mehr bestand, da der Verklagte von vornherein *Satisfaction* für den ganzen Prozeß zu stellen hatte, so würde damit die Hypothese der Interpolation hinfällig werden.

Nun sind allerdings die Stellen, die mit Sicherheit auf den *Vadimoniums*bürgen bezogen werden können, wohl sehr selten, da das *vadimonium cum satisfactione* wohl die Ausnahme bildete. Aber sicher ist auf ihn u. a. zu beziehen *Dig. 3, 4 (2, 10)* *Julian: „Si a fideiussore quinquaginta stipulatus fuero etc.“* Zwar wird das *in iudicio sistendi causa* hier nicht hinzugefügt; aber der Zusammenhang läßt hier die Beziehung auf *in iure sisti* nicht verkennen, und *Lenel* setzt hier an Stelle von *fideiussor* in seiner *Palingenesia* (I, p. 321<sup>7</sup> 322<sup>3</sup>): *sponsor*. Ferner ist es doch höchst wahrscheinlich, daß von den Erörterungen, die die römischen Juristen über den in den *Digesten* als *fideiussor iudicio sistendi causa* Bezeichneten geben, sich ein Teil sowohl auf den Bürgen des *in ius vocatus* als auch auf den *Vadimoniums*bürgen bezog: waren ja beide ihrem Zwecke nach sehr nahe verwandt und galten gewisse Rechtsätze für sie gemeinsam. Wenn daher derartige Ausführungen sich auf beide bezogen haben und angenommen werden darf, daß sie beide im Auge hatten, so würde aus dem einen überall hier vorkommenden Ausdruck *fideiussor iudicio sistendi causa* geschlossen werden dürfen, daß auch in den Originaltexten ein

einzig beider bezeichnender Ausdruck gestanden haben werde, und das könnte nach Lenel wenigstens, nach dessen Ansicht *vindex* der technische Ausdruck für den Bürgen des *in ius vocatus* ist, nicht eben dieser Ausdruck, alsdann aber kein anderer als das Wort *sponsor* gewesen sein. Freilich wäre nach meinen früheren Ausführungen auch der Gebrauch von *vindex* möglich gewesen, da dieses Wort ja beide Begriffe umfaßte; aber irgend eine Notwendigkeit dafür läßt sich nicht anerkennen.

Der doppelten Beziehung des Ausdruckes würde es nicht im Wege stehen, wenn er sich gerade in Teilen der Ediktskommentare fände, in denen *ex professo* nur von dem einen oder anderen gehandelt wurde. Auch wenn man den von Lenel in dieser Beziehung gemachten Feststellungen durchweg zustimmte, würde doch nicht ausgeschlossen sein, daß der Kommentator in einem von *in ius vocatio* handelnden Buche gelegentlich, durch den Zusammenhang aufgefordert, auch auf das *vadimonium cum satisfatione* eingegangen wäre und umgekehrt, und noch näher konnte es ihm liegen, gewisse für beide gemeinsame Erörterungen an einer einzigen Stelle zu geben, anstatt sie für jeden von beiden jedesmal an dem ihm *ex professo* gewidmeten Ort vorzutragen.

4. Wenn *fideiussor in iudicio sistendi causa* der Ersatz für *vindex* wäre, so würde zu fragen sein, mit welchem Ausdrucke denn die Handlungen und Erklärungen, durch die jemand zum *vindex* wurde, bezeichnet worden seien, in den *Digesten* und ursprünglich bei den *Klassikern*. Für das die Verpflichtung zum *iudicio sistere* begründende Geschäft werden in den *Digesten* wiederholt *stipulari* und *promittere* gebraucht, z. B. in *Dig. 10, pr. — § 2 (2, 11)*, also die auch den Verbalkontrakt bezeichnenden Worte, und für *promittere* wird ursprünglich vielleicht überall oder öfters *spondere* gestanden haben. Das dürfte, da nach Lenel der *vindex* niemals durch Verbalkontrakt zum *vindex* wird, niemals auf ihn, sondern immer nur auf den *Vadimoniumsbürgen* bezogen werden.

Ein anderes Verbum, das sich auf den *vindex vocati* allein bezöge, ist aus dem Sprachgebrauch der *Klassiker* nicht bekannt; gab es ein solches — es müßte wunderbarer Weise später gänzlich in Verschollenheit geraten sein! —, dann würden die *Kompilatoren* folgerichtig, wie den *vindex* durch *fideiussor iudi-*

cio sistendi causa, so jenes Wort durch fideiubere etc. haben ersetzen müssen; aber dieser Ausdruck findet sich in den Digesten dafür, soviel ich sehe, nirgends; wo die Übernahme der Verpflichtung zum sistere in iudicio durch ein Zeitwort ausgedrückt wird, finden wir stets ‚sisti promittere‘ und da von den diesen Ausdruck enthaltenden Stellen doch sicher die eine oder andere sich auch auf den vindex vocati bezogen haben wird (von einer werde ich es alsbald nachweisen), so müßten wir annehmen, daß auch das verloren gegangene Wort für die die Stellung des vindex begründende Erklärung oder Tätigkeit von den Kompilatoren durch ‚promittere‘ ersetzt worden wäre — ein Wort, das bekanntlich im Munde der Juristen selten etwas anderes als ein Stipulationsversprechen bedeutet hat. Nichtsdestoweniger ist Lenel nicht davor zurückgeschreckt, ‚promittere‘ in den auf in iudicio sisti bezüglichen Digestenstellen als justinianisches Substitut für sein formloses Vindexgeschäft anzusehen.

#### VIII.

#### **Paulus ad Plautium lib. I Dig. 10 pr. 2, 11, und die kritische und exegetische Behandlung dieser Stelle bei Lenel.**

Eine der ein ‚aliquem iudicio sisti promittere‘ enthaltenden Stellen, die sicher nur auf den vindex vocati bezogen werden kann, ist Dig. 10 pr. (2, 11) Paulus ad Plautium, lib. 1:

Si eum iudicio sisti promisero, qui iam tempore liberatus esse dicebatur, quia iam actione forte non tenebatur, actio in me danda est, ut vel exhibeam eum vel defendam, ut veritas inquiratur.

Eine eingehende Erörterung dieser Stelle ist von Interesse nicht nur, weil sie den klaren Beweis liefert, daß der vindex vocati die Gestellungsbürgschaft in Stipulationsform übernahm, sondern auch darum, weil sie zeigt, mit wie souveräner Willkür Lenel über den Digestentext schaltet, wenn es gilt, dem Lieblingsgeschöpf seiner Phantasie, dem vindex, seine Existenz sicherzustellen.

Lenel führt diese Stelle als Beweis für die von mir (Zeitschr. f. R. G., Bd. 37, S. 311f.) gemachte Bemerkung an, daß die Haftung des vindex vocati abhängig sei von der des vocatus. Seine Bemerkungen zu der Stelle beziehen sich zum

Teil auf ihren Inhalt, zum Teil auf die Kritik des Textes. In erster Beziehung beschränkt er sich auf die kurze, aber für die ganze Auffassung der Stelle und für die Beurteilung der rechtlichen Stellung des vindex bedeutsame Behauptung, hier stehe kein vadimonium, aber auch überhaupt keine Gestellungsstipulation in Frage, also, wie er dem Leser selbst zu schließen überläßt, ein sich als Eintreten eines Lenelschen vindex charakterisierender Tatbestand. Darum ist ‚promisero‘ interpoliert und statt ‚si eum iudicio sisti promisero‘ zu lesen: ‚si is me vindicem dederit‘ oder wie er in der Palingenesia, I, pag. 1247<sup>2</sup>, restituiert: ‚si pro eo vindex exstitero‘. Interpoliert ist ferner auch der Satz ‚quia . . . tenebatur‘, interpoliert endlich der Satz, ut vel exhibeam eum vel defendam‘.

Soweit seine Behauptungen. Hören wir seine Gründe!

1. Ein vadimonium und satisdatio für ein solches soll nicht vorliegen wegen des ‚actio danda est‘. Warum diese Worte gegen die Beziehung der Stelle auf vadimonium, also auch gegen eine mittelst Stipulation geleistete Bürgschaft sprechen sollen, ist unverständlich. Sollte Lenel vielleicht meinen, von einer actio civilis — als solche würde ja bei Annahme einer Vadimoniumsbürgschaft die actio anzusehen sein — könne nicht ‚actio danda est‘, sondern etwa nur ‚actio competit‘ gesagt werden? Das wäre freilich falsch. Denn auch von einer actio civilis wurde häufig gesagt: ‚actio datur‘. Nur bedeutete das nicht wie bei den actiones honorariae die Verheißung der ja auf Gesetz beruhenden und auf Grund des Gesetzes zuständigen actio im Album, sondern die Zulassung, das ‚non denegare‘ einer gleichviel ob honorarischen oder zivilen actio im einzelnen konkreten Falle. Das sind namentlich seit Wlassaks Studien<sup>13)</sup> so allbekannte Dinge, daß man sich eigentlich scheuen müßte, einem Rechtshistoriker die Verwechslung dieser beiden Bedeutungen von ‚dare actionem‘ zuzutrauen, wenn man nicht um eine andere Erklärung der genannten Behauptung Lenels in Verlegenheit wäre.

2. Daß Paulus nicht ‚promisero‘ geschrieben haben könne, das mußte sich für Lenel aus seiner vorgefaßten Meinung über die Art der Begründung der Stellung eines vindex ergeben.

<sup>13)</sup> Vgl. insbes. Römische Prozeßgesetze, I, S. 42f., II, 358.

Lag kein *vadimonium* vor, so konnte der in der Stelle als promittierend Bezeichnete nur ein *vindex vocati* sein. Da aber nach seiner Ansicht der *vindex* kein Stipulationsversprechen gibt, so kann Paulus eben nicht ‚*promisero*‘ geschrieben haben. Der Tatbestand, der mit ausdrücklichen Worten als eine Sistierungspromission bezeichnet wird, kann keine Sistierungspromission gewesen sein; also muß bei Paulus ‚*si pro eo vindex exstitero*‘ oder ‚*si vindicem dederit*‘ gestanden haben. — Weshalb die Kompilatoren hier von ihrer angeblichen Gepflogenheit, den *vindex* durch *fideiussor in iudicio sistendi causa* zu ersetzen, abgewichen und statt ‚*fideiussero*‘ hier das, wie ihnen doch nicht unbekannt war, technische Wort für ein Stipulationsversprechen: ‚*promisero*‘ vorgezogen haben, darüber erfahren wir nichts, so sehr es auch der Erklärung bedurft hätte. Auch nimmt Lenel keinen Anstoß daran, daß in den nachfolgenden, freilich unverkennbar auf *vadimonium* bezüglichen Paragraphen 1 und 2 fortwährend von ‚*promittere*‘ und ‚*stipulari*‘ die Rede ist, und hier hat er es in der Palingenesie ruhig stehen lassen.

3. Der Satz ‚*quia iam actione forte non tenebatur*‘ ist interpoliert oder erläuterndes Glossem. Warum? Für Interpolation spricht kein äußeres Symptom. Weder irgend ein verdächtiges Wort noch die Konstruktion deutet auf ein tribonianisches Emblem, und zu welchem Zwecke sollte eine Einschubung erfolgt sein? Zur Erläuterung des vorangehenden oder etwa des nachfolgenden, nach Lenel ja übrigens gleichfalls eingeschobenen Satzes, wie sie auch das Glossem, falls ein solches vorläge, beabsichtigt haben soll? Wenn die Worte wirklich etwas erläuterten, so könnten sie doch ebensogut von Paulus herrühren. Aber wenn sie doch nur etwas erläuterten! Nicht daß sie etwas in der Stelle verständlicher machten, sondern daß sie ihm unverständlich geblieben sind, darin dürfte der einzige Grund seiner Hypothese liegen.

4. Der Satz ‚*ut vel exhibeam eum vel defendam*‘ muß interpoliert sein; denn sehr verdächtig ist Lenel die Doppelbezeichnung der Zwecke der zu gewährenden *actio* und das unglaublich Unpraktische des Verfahrens, wie es vorläge, wenn jener Satz beibehalten würde. Daß die Aneinanderreihung zweier *Ut*-Sätze, auch wenn beide, was sich *prima facie* noch gar nicht einmal so ohne weiteres behaupten läßt, Finalsätze und nicht

der eine vielleicht ein Konsekutivsatz wären, etwas Verdächtiges sei, namentlich wenn, wie auch hier wiederum kein auch nur entfernt ein Emblem verratendes Wort sich findet, dafür läßt sich wiederum nicht der Schein eines Beweises anführen. Eine solche Konstruktion kann man getrost als unverdächtig passieren lassen, mag man beide Zwecke als koordiniert oder den einen als den nächsten, den andern als den entfernteren Zweck ansehen. Wenn jemand etwa schriebe: „A hat den B chloroformiert, um ihn zu betäuben, um ihn alsdann seiner Barschaft zu berauben,“ so wäre das wohl eine schleppende Konstruktion, die aber auch einem guten Stilisten leicht einmal ent schlüpfen könnte, und sie wird sich ähnlich auch bei römischen Juristen gewiß nachweisen lassen. So finden sich genau wie in unserer Stelle zwei Ut-Sätze asyndetisch einander gereiht in Dig. 16 pr. (46, 8) Pomponius lib. III ex Plautio: ‚agi statim potest, ut ratum habeat dominus, ut possit dinosci etc.‘, wo gleichfalls jeder Interpolationsverdacht fernliegt. Daß aber das sich aus der Stelle ergebende Verfahren unglaublich unpraktisch wäre, das läßt sich gleichfalls nicht so oben hin behaupten, und wenn wirklich das in Dig. 2, 5 (2, 8) bezeugte Verfahren praktischer wäre, so könnten doch vielleicht gerade in unserem Falle besondere Gründe vorgelegen haben, die hier ein anderes Verfahren nötig machten.

So ist der inhaltreiche, wenn auch knappe Ausspruch, in dem, abgesehen von einer kleinen meines Erachtens zu vermutenden Korruptel, jedes Wort seinen guten Sinn hat und unentbehrlich ist, unter Lenels Operationsmesser zu dem mageren und nichtssagenden Satze (S. 252) zusammengeschrumpft:

Si is me vindicem dederit, qui iam tempore liberatus esse dicebatur, actio in me danda est, ut veritas inquiratur.

Allerdings soll er eine Bestätigung des Satzes sein, daß das ‚quanti ea res erit‘ der actio in factum auf den Betrag der nachweislich bestehenden Schuld des vocatus gedeutet worden sei. Warum das Paulus aber gerade für den hier unterstellten Fall — nicht etwa einen seiner Begutachtung unterbreiteten, sondern einen Schulfall — besonders hervorzuheben für nötig erachtet haben sollte, dafür ist Lenel wiederum die Erklärung schuldig geblieben; und weil ‚veritas‘ sonst mitunter im Zusammenhange mit unserer actio in factum von römischen

Juristen in dem oben bezeichneten Sinne gebraucht wurde, darum braucht es doch nicht überall, wo es sich in solchem Zusammenhang findet, in derselben Bedeutung gemeint zu sein: ‚veritatem inquirere‘ heißt bekanntlich auch: die Wahrheit suchen, und so verstanden gibt es hier einen guten Sinn.

Man kann die textkritische Behandlung, wie sie Lenel an dieser Stelle geübt hat, und bei der er den Inhalt, nur an Äußerlichkeiten haftend, ganz oberflächlich berücksichtigt hat, geradezu als ein Muster für eine Textkritik, wie sie nicht gehandhabt werden darf, bezeichnen.

## IX.

### Interpretation von Dig. 10 pr. (2, 11). — Schluß.

Was man an unserer Stelle, um sie vollkommen verständlich zu finden, emendieren muß, das will ich vorweg sagen. Ich glaube, daß statt ‚dicebatur‘ und ‚tenebatur‘ zu lesen ist: ‚dicetur‘ und ‚tenebitur‘ (oder tenetur). ‚Dicebatur‘ — auf dieses Wort kommt es hauptsächlich an — ist allerdings nach den Regeln der Consecutio temporum mit ‚promisero‘ vollkommen verträglich, wenn man annimmt, daß das dicere als gleichzeitig mit dem promittere gedacht sei. Die nachfolgende Analyse der Stelle wird aber die Unmöglichkeit davon und die Notwendigkeit, es als dem promittere nachfolgend zu denken, erweisen, und diese zeitliche Beziehung erfordert: dicetur.<sup>14)</sup>

Das Verständnis der Stelle ist dadurch erschwert, daß der Tatbestand, wie so häufig in den Exzerpten aus den Juristenschriften, nicht vollständig angegeben ist, und wir genötigt sind, uns wesentliche, für die Entscheidung maßgebend gewesene Tatbestandsmomente aus dieser erst zu rekonstruieren. In der Schrift des Paulus ad Plautium selbst werden die aus der Stelle uns nicht unmittelbar erkennbaren Momente wohl aus der von Paulus vielleicht zitierten, uns vorenthalten ge-

<sup>14)</sup> Für die Auslegung der Stelle gleichgültig ist das ‚actio danda est‘ statt des wohl korrekteren ‚danda erit‘. Die etwas auffällige Stilisierung: ‚si eum iudicio sisti promisero, qui — — dicebatur‘ statt der uns natürlicher scheinenden Wendung: ‚si is, quem sisti promisero, tempore liberatus esse dicetur‘ (so heißt es auch in den Basiliken VII, 16, 10: Εἰ καὶ λέγεται τῷ χρόνῳ ἐλευθερωθῆναι, ὃν ὁμολόγησα παριστῆναι κτλ). — macht die Stelle nicht im geringsten verdächtig, und die eine Wendung ergibt genau denselben Sinn wie die andere.



bliebenen Stelle aus Plautius seinen Lesern ohne weiteres ersichtlich gewesen sein.

Folgende Punkte hat man zu prüfen, um zum Verständnis der Stelle zu gelangen.

1. ‚Dicebatur‘ heißt es in der Stelle; aber es ist nicht gesagt, wer der war, qui dicebat: ob der Kläger oder der vocatus oder sein vindex oder zwei von ihnen oder alle drei; und dieser Punkt muß vor allem aufgeklärt werden.

2. Es ist nicht gesagt, zu welchem Zeitpunkte das dicere stattgefunden hat; ob zur Zeit der in ius vocatio oder später, ob vielleicht erst in iure und in welchem Stadium des Prozesses.

3. Es ist nicht gesagt, wann das Erlöschen der actio gegen den vocatus eingetreten sein soll, ob schon vor der vocatio oder erst später, ob vor oder nach Erlaß eines Exhibitionsdekrets.

4. Bezieht sich die Stelle auf Bürgschaft bei einem vadium oder bei einer in ius vocatio?

5. Es ist nicht gesagt, welche actio hier gemeint sei, die actio ex stipulatu oder die actio in factum nach ergangenem und unbefolgt gebliebenem Dekret, oder vielleicht eine andere, von jener verschiedene prätorische actio.

Die beiden ersten Punkte stehen in engem Zusammenhang und die Beantwortung der einen Frage schließt die der anderen ein.

Schon aus stilistischen Gründen kann man keinesfalls den Gestellungsbürgen als denjenigen ansehen, der die auf das Erlöschen der actio bezügliche Behauptung (dicere) aufgestellt hat. Wenn Paulus hier von sich selbst sagt: si promisero, so konnte er unmöglich bei der unpersönlichen Redeweise ‚dicebatur‘ sich selbst als denjenigen haben bezeichnen wollen, qui dicebat. Aber auch der in ius vocatus kann es nicht sein. Denn da er an der hier vorausgesetzten Verhandlung in iure zwischen dem Kläger und dem vindex nicht beteiligt ist, so könnte er die Verjährung nur außerhalb des Gerichtes behauptet haben, und es ist nicht abzusehen, inwiefern das hätte von Bedeutung sein können; das dicere kann nur als ein in iure geschehenes gemeint sein.

Hieraus folgt zugleich die Notwendigkeit der vorhin angedeuteten Textänderung. Das Imperf. ‚dicebatur‘ würde gerade ein mit dem promittere gleichzeitiges Behaupten ausdrücken.

Ob es nun aber der Kläger oder der ihm in iure gegenüberstehende vindex gewesen ist, der die Behauptung aufstellte, das läßt sich allein aus sprachlichen Gründen nicht bestimmen. Denn wenn ‚dicere‘ auch sehr oft, namentlich auch in den Ediktsrubriken zur Bezeichnung einer im Prozeß aufgestellten Parteibehauptung gebraucht wird, so findet es sich zwar, wie es scheint — im Kuralstil wenigstens —, nur für das Behaupten des Klägers, aber es wird wohl ebenso auch von dem in iure eine exceptio vorschützenden Verklagten gebraucht worden sein. Zur Entscheidung dieser Frage müssen daher andere Momente, die später zur Sprache kommen werden, herangezogen werden.

Die Beziehung der Stelle auf in ius vocatio scheint mir zweifellos. Das vadimonium und die Vadimoniumsbürgschaft hat zum Inhalt die Zahlung einer Strafsumme, die verwirkt sein sollte, wenn der sponsor den Verklagten in einem bestimmten Termin nicht stellte. Sie verfiel schlechthin mit dem Fehlschlagen dieser Bedingung, und nichts deutet darauf, daß ihr Verfall etwa außerdem noch von dem rechtlichen Bestande des Anspruches gegen den vocatus, um dessen willen eine Klage beabsichtigt war, abhängig gewesen wäre und der Kläger ihr Bestehen zur Begründung seines Anspruches zu beweisen hatte, oder der vindex sich durch den Beweis seiner Nichtexistenz hätte befreien können. Was von dem die Erben des Verklagten befreienden Einfluß des Todes des Klägers oder des Beklagten auf die Haftung des Vadimoniumsbürgen bei der actio iniuriarum in Dig. 10, § 2 (2,11) gesagt ist<sup>15)</sup>, das rechtfertigt sich aus der Natur der actio iniuriarum und darf trotz der beigefügten allgemein lautenden Begründung<sup>16)</sup> nicht auf alle anderen Erlöschungsgründe ausgedehnt werden.

<sup>15)</sup> Vgl. die von Lenel, Edictum perpetuum in der Übersicht des Ediktes, pag. XVI angeführten Rubriken bei §§ 44, 104, 119, 120, 135, 137, 141, 284, also z. B.: si familia furtum fecisse dicetur; si ingenuus esse dicetur; quod cum eo, qui in aliena potestate esse dicetur. Im Gaius von Antun, wird das Aussprechen der Formel regelmäßig als ‚dicere‘ bezeichnet. Vgl. z. B. Krüger in Zeitschr. f. R. G., Bd. 37, §§ 91, 96, 108, 109, 112 (venis et dicis). Die Titelüberschrift, die Lenel Edict. § 279 für eine Exzeptionen enthaltende Rubrik gibt, ‚si quid contra legem senatusve consultum factum est‘, ist in den Quellen nicht überliefert.

<sup>16)</sup> . . . quia tales stipulationes propter rem ipsam darentur, iniuriarum autem actio heredi non competit.

Die Stelle kann also nur von in ius vocatio verstanden werden.

Obwohl wir vorhin (S. 43) schon aus äußeren sprachlichen Gründen annehmen mußten, daß nur der Kläger und nicht der vindex es gewesen sein könne, der die Behauptung der eingetretenen Verjährung erhob, so soll doch hier noch weiter geprüft werden, ob auch, abgesehen von jenen Gründen, die Beziehung auf den vindex überhaupt denkbar wäre. Von der Voraussetzung ausgehend, daß dieser den Einwand erhoben hätte, müssen wir zwei mögliche Fälle prüfen.

Erstens den, daß er sich auf eine schon früher, vor dem Beginn der zwischen ihm und dem Kläger in iure gepflogenen Verhandlung eingetretene Verjährung berief. Diesen Fall kann Paulus nicht wohl im Auge gehabt haben. Denn gleichviel, ob der vindex diesen Einwand vorgebracht hätte, um den Erlaß des decretum exhibitionis abzuwenden, oder ob er ihn nach Ablauf des Exhibitionstermins erhob, um die vom Kläger wegen unterlassener Sistierung beantragte Erteilung der actio in factum abzuwehren, in jedem Falle würde es an einem Grunde fehlen, diesen Einwand anders als jedes andere Leugnen des rechtlichen Bestandes des Anspruches gegen den vocatus zu behandeln. Der Prätor würde hier, wie auch sonst, das Exhibitionsdekret, und wenn zum Termin der vocatus nicht sistiert war, die actio in factum erteilen, und der iudex würde bei Ermittlung des ‚*quanti ea res erit*‘ entsprechend der dieser Klausel in der Praxis zuteil gewordenen Auslegung zu prüfen haben, ob der Anspruch des Klägers gegen den vocatus und die gegen seinen Bestand erhobenen Einwendungen begründet seien.

Dasselbe würde für den zweiten denkbaren Fall zu sagen sein, daß der vindex nach dem Exhibitionstermin und ohne den vocatus gestellt zu haben, sich auf den nach diesem Termin erfolgten Ablauf der Verjährungsfrist berufen wollte. Darum kann es hier auch dahingestellt bleiben, ob und unter welchen Voraussetzungen er mit einem solchen Einwand zu hören wäre.

Auch mit der Möglichkeit endlich, der vindex könnte sich gegenüber dem Antrage auf Erteilung der actio in factum auf eine zwischen den Erlaß des Dekretes und dem angeordneten Gestellungstermin abgelaufene Verjährung berufen haben, darf nicht gerechnet werden, und zwar aus dem Grunde, weil

der Magistrat schwerlich den Termin auf einen Tag gesetzt haben wird, an dem die *actio* gegen den *vocatus* durch Zeitablauf erloschen sein mußte, und weil sich der Kläger mit einer solchen Terminbestimmung nicht würde zufrieden erklärt haben; wir wissen ja, wie in anderen Fällen der Prätor bei Ausübung seiner Jurisdiktion im Interesse des Klageberechtigten darauf bedacht war, einem Rechtsverlust durch Ablauf einer dem Ende sich nähernden Frist durch schleunige Erteilung der *actio* vorzubeugen.<sup>17)</sup>

So wird uns denn durch innere Gründe die oben auf einen äußeren Grund gestützte Deutung des ‚*dice[ba]tur*‘ auf den Kläger bestätigt.

Was konnte aber den Kläger bewegen, dem *vindex* gegenüber das Verjährtsein seines Anspruches zu behaupten? Selbstverständlich wird er in keinem Stadium des Prozesses in irgend einem Sinne zu seinen Gunsten geltend machen, daß sein Anspruch schon vor dem Eintreten des *vindex* durch Verjährung oder auf andere Weise erloschen sei; damit hätte er ja die rechtliche Aussichtslosigkeit des von ihm beantragten Verfahrens von vornherein eingeräumt. Aber eine nach dem Eintreten des *vindex* abgelaufene Verjährung konnte ihm allerdings unter Umständen einen Anspruch auf Schadensersatz gegen diesen gewähren. Beruhte nämlich der Verlust des Anspruches infolge von Verjährung auf dessen Verschulden (wie z. B. wenn er sich der Ladung vor den Prätor zur Festsetzung des Gestellungstermins durch Latitieren so lange entzogen hatte, bis das *tempus actionis* gegenüber dem *vocatus* abgelaufen war, oder wenn er sich vorsätzlich die Gestellung des Termins während dieser Zeit unmöglich gemacht hatte), dann hatte der Kläger kein Interesse mehr an der Gestellung des *vocatus* und es konnte ihm an dem Erlasse eines *Exhibitionsdekrets*, durch das nur die Geltendmachung seines Anspruches gegen den *vindex* einen zwecklosen Aufschub erfahren haben würde, nichts gelegen sein. Er wird hier unter Berufung auf die eingetretene Verjährung bei dem Prätor die Erteilung einer *actio* auf das Interesse — ohne vorgängiges *Exhibitionsdekret* — beantragt haben, und diese *actio* konnte nur die *actio ex stipulatu* sein.<sup>18)</sup>

<sup>17)</sup> Vgl. z. B. *Dig.* 28, 4 (5, 1), 1, 2 (2, 12), 24 (40, 12) und dazu meine *Litis contestatio*, S. 96 ff.

<sup>18)</sup> Vgl. oben S. 27 f.

Räumte der *vindex* die vom Kläger behauptete Verjährung ein, so stand der Zulassung dieser *actio* sicher nichts im Wege. Sie konnte hier mit den oben (S. 28) geschilderten Wirkungen erhoben werden und unter Umständen ihm vollen Ersatz für den verlorenen Anspruch gegen den *vocatus* verschaffen. Der *vindex* konnte aber auch die Behauptung des Klägers bestreiten, um nämlich den Erlaß des Exhibitionsdekrets und Festsetzung des Termins für die Gestellung und die Einleitung der Verhandlung mit dem *vocatus* zu erwirken, weil er durch die angebotene Gestellung sich von jeder weiteren Verantwortlichkeit frei machen wollte. Und das ist die prozessualische Lage, die wir bei Paulus zu unterstellen haben.

Wie hat sich der Prätor hier zu verhalten? Soll er dem Antrag des *vindex* gemäß das Dekret erlassen, um dann in der bekannten Weise weiter zu verfahren, oder soll er dem Antrage des Klägers Folge geben und ihm sofort *actio* (*ex stipulatu*) gewähren? Paulus entscheidet sich für das zweite. Die Begründung ist in dem Satze *quia iam actione forte non tenebatur [tenebitur? tenetur?]* enthalten, der also nicht eine „erläuternde“ Bemerkung zum Vorangehenden ist, sondern die Rechtfertigung des nachfolgenden *actio danda erit* darstellt. Jener Satz enthält also nicht eigentlich, wie es den Anschein hat, die Begründung für die Erteilung einer *actio* überhaupt, sondern für die Erteilung der *actio* ohne vorgängiges Gestellungsdekret. Der Ideengang des Juristen war wohl dieser: da ja möglicherweise die Behauptung des Klägers, der *vocatus* hafte ihm — wegen eingetretener Verjährung — nicht mehr mit einer *actio* (*quia iam actione forte non tenetur*), richtig ist, so soll der Magistrat ihm nicht wider seinen Willen ein Gestellungsdekret oktroyieren, ihm vielmehr sofort die *actio* auf Schadensersatz geben.

An der Erlangung der *actio ex stipulatu* mußte aber dem Kläger nicht bloß wegen der mit dem Dekret verbundenen unerwünschten Verzögerung der Sache gelegen sein, sondern auch darum, weil sein Anspruch gegen den *vindex* bei der *actio in factum* in hohem Grade gefährdet war.

Diese *actio* ging ja mit ihrem *quanti ea res erit* auf den Betrag der Schuld des *vocatus* zur Zeit des Urteils. Wer bürgte aber dem Kläger dafür, daß der *vindex* zum Exhibitions-

termin den vocatus seinem Anerbieten gemäß wirklich stellen und er selbst nicht genötigt sein werde, ihn mit der actio in factum zu belangen? Hier konnte aber dem vindex es niemand verwehren, seine frühere Taktik zu ändern und jetzt selbst die Verjährung des klägerischen Anspruches gegen den vocatus zu behaupten und damit die Schätzung des ‚*quanti ea res erit*‘ auf Null zu erwirken. Einer nachfolgenden nochmaligen Verfolgung des vindex mit der actio ex stipulatu, bei der das nach der Bestellung der *satisfactio* erfolgte Erlöschen des Anspruches gegen den vocatus nicht ein Hindernis, sondern gerade das ihn begründende Moment war, würde aber wohl dessen Berufung auf die vorangegangene Absolution den Erfolg abgeschnitten haben.

Bei dieser Auffassung der Stelle wird auch der Satz ‚*ut vel exhibeam eum vel defendam*‘ verständlich. Daß in diesem Satze der Gegenstand des Anspruchs des Klägers gegen den vindex oder das Ziel der actio nicht enthalten sein konnte, liegt auf der Hand. Im Formularprozeß geht ja das Urteil und darum auch die *condemnatio* in der Formel stets auf eine das Interesse des Klägers ausdrückende Geldsumme. Und wenn der Beklagte gerade die *Exhibition* nicht wollte, weil sie für ihn wertlos geworden sei, so wird der Prätor doch nicht, auch wenn es sonst prozessualisch denkbar gewesen wäre, eine gerade hierauf sich richtende actio gegeben haben, von der übrigens niemand sagen könnte, wie sie ausgesehen haben wird, am allerwenigsten eine actio auf ‚*vel exhibere vel defendere*‘; denn zu *defendere* war der vindex ja überhaupt nicht verpflichtet. Auch würde der Jurist zur Bezeichnung eines solchen Alternativanspruches oder des Inhaltes der actio sicher nicht die Partikeln *vel* — *vel*, sondern nur *aut* — *aut* gebraucht haben. Auch wäre gar nicht einzusehen, weshalb, wenn der Prätor dem vindex auch hier die *Exhibition* hätte offen lassen wollen, er nicht einfach auch hier das sonst geübte Verfahren mit *Exhibitionsdekret* angewendet haben sollte. Der Gedanke des Paulus ist vielmehr der: dem Kläger ist auf seinen Antrag sofort die actio ex stipulatu zu geben; das darauffolgende Verfahren vor dem iudex wird vielleicht dazu führen, daß infolge der vermittelnden Tätigkeit des iudex die Parteien dahin übereinkommen, daß der Kläger auch jetzt noch die vom vindex angebotene *Exhibition* annimmt oder sich bereit finden läßt, seinen angeblich verjährten

Anspruch gegenüber dem sich als defensor des vocatus anbietenden vindex auszuführen und dann freiwillig von seinem Prozeß gegen den vindex abzustehen und ihn solange ruhen zu lassen, bis sich in dem gegen den vocatus (oder den vindex als seinen defensor) geführten Prozeß gezeigt habe, daß jener in der Tat verjährt sei. Täuschte diese Erwartung und ließ sich der Kläger auf nichts ein, dann mußte freilich der Prozeß gegen den vindex seinen Fortgang nehmen; der Kläger mußte aber hier den Beweis der Tatsachen, auf die er seinen Schadenersatzanspruch gründete, führen.

Was nach der Berechnung des Juristen sich als Ergebnis bei der actio ex stipulatu unter der Leitung eines bonus iudex einstellen konnte, als ein Ergebnis, bei dem die Interessen beider Teile billige Berücksichtigung erfuhren, das bezeichnete er als einen Zweck der Gewährung der Klage; es ist, vom subjektiven Standpunkt betrachtet, das Motiv, das den Prätor bestimmen muß, so zu verfahren.

Diese nach Paulus' Ansicht zu hoffende Entwicklung der Dinge würde aber, so meint er, die Sachlage klären und es an den Tag bringen, wie es mit der Verjährung der actio gegen den vocatus bestellt sei, und ob also der vindex durch Exhibition frei werde oder ob dem zunächst ausgesetzten Verfahren gegen ihn Fortgang zu geben sei. Das ist der Sinn der Worte ‚ut veritas inquiratur‘.

Es kann hier auf zwei andere Fälle hingewiesen werden, in denen eine ähnliche Sachlage zu ähnlichen Erwägungen der Juristen geführt hat.

Die eine ist Dig. 16 pr. (46, 8) Pomponius, lib. III ex Plautio:

Si indebitum procuratori solutum sit, agi statim ex hac stipulatione adversus procuratorem potest, ut ratum habeat dominus, ut possit disnosci, utrumne domino condici debeat, an vero procuratori condicendum sit, si dominus ratum non habeat.

Es hat jemand irrtümlich einen in Wahrheit nicht geschuldeten Betrag an den procurator des vermeintlichen Gläubigers gezahlt und sich die Guttheißung der Zahlung vom procurator mittelst stipulatio ratam rem haberi garantieren lassen. Nach Erkenntnis des Irrtums will er kondizieren. Aber gegen

wen soll er klagen? Von dem Herrn kann er nur fordern, wenn er ratihabiert hat, von dem procurator, wenn jener die Ratihabition versagt hat. Solange der Herr nicht durch Worte oder Handlungen seinen Sinn kundgetan, besteht also Ungewißheit darüber, gegen wen die *condictio* zu richten sei, sie ist gegen keinen von beiden zuständig, und der Herr kann auch zur Abgabe einer Erklärung nicht gezwungen werden.

Aber auch die *stipulatio ratam rem haberi*, mit der der Zahlende sein Interesse wegen Versagung der Ratihabition fordern kann (cf. Dig. 19 [46, 8]), ist erst verwirkt (*commissa est*), wenn der Herr irgendwie die Verweigerung der Ratihabition zu erkennen gegeben hat. Pomponius weist nun folgenden Weg, um den Zahlenden aus dieser Sackgasse herauszuführen. Es ist ihm die *actio ex stipulatu* zu geben, — obwohl der Anspruch aus ihr, solange der Herr geschwiegen, noch gar nicht zur Existenz gelangt ist. Die nicht juristische, sondern psychologische Berechnung des Juristen ist hierbei: der Herr wird in diesem Falle — von selbst oder auf Drängen des procurator — sich veranlaßt sehen, eine bestimmte Erklärung abzugeben; alsdann wird der Kläger wissen, woran er ist. Erteilt der Herr die Ratihabition, dann wird er den Prozeß gegen den procurator nicht fortsetzen. Versagt er sie oder erklärt er sich auch jetzt nicht, so darf jetzt die *stipulatio ratam rem haberi* als verwirkt angesehen und dem Prozeß gegen den procurator Fortgang gegeben werden. Der procurator hätte für die Beschaffung der Ratihabition selbst Sorge tragen sollen und mag sich, wenn er verurteilt wird, mit dem Herrn auseinandersetzen. Damit ist auch hier den Interessen aller Beteiligten Genüge verschafft. Mit den Worten ‚*ut ratum habeat dominus*‘ will Pomponius also nicht etwa das Klageverlangen oder den Gegenstand der Verurteilung oder gar ein vom iudex zu erlassendes *arbitrium* bezeichnen, sondern den zu erhoffenden Erfolg, der sich unter verständigen Leuten voraussichtlich in einem solchen Falle bald nach Beginn des Prozesses einstellen wird. Interessant ist das gleichmäßige Wiederkehren der zwei *Ut-Sätze* in dieser Stelle und in Dig. 10 pr. (2, 11), von denen in beiden der erste den nächsten zu erwartenden Erfolg und darum zugleich den nächsten Zweck, der zweite, jenem untergeordnete den entfernteren Erfolg und zugleich Zweck der



Gewährung der actio bezeichnet. Noch schlagender wäre der Parallelismus der Stellen, wenn das ‚statim (agi)‘, wie es in Dig. 16 cit. steht, auch in Dig. 10 pr. cit., wo es Paulus bei ‚actio danda est‘ sicher gedacht, auch von ihm ausgesprochen worden wäre.

Als ein zweiter unserem Falle analoger ist der in Dig. 13, 27 und 28 (19, 1) erörterte anzuführen:

Ulpianus, lib. XXXII, ad edictum:

27. Si quis colludente procuratore meo ab eo emerit, an possit agere ex empto? et puto hactenus, ut aut stetur emptioni aut discedatur. 28. sed et si quis minorem viginti quinque annis circumvenerit, et huic hactenus dabimus actionem ex empto, ut diximus in superiore casu.

Solange der Herr den von seinem ungetreuen procurator geschlossenen Kaufvertrag nicht genehmigt hat, kann der Dritte gegen ihn (mit einer actio ex empto ad exemplum in-stitoriae), nicht klagen, und es gibt auch kein Mittel, ihn zu einer Entscheidung zu nötigen. Der Dritte ist also einseitig in infinitum dem procurator gegenüber gebunden, von dem der Herr jederzeit, wenn er einmal genehmigt, Abtretung der Ansprüche aus dem Kaufe fordern kann. Trotzdem wird dem Dritten die actio gegen den Herrn sofort gegeben, ‚ut aut stetur etc.‘

Auch hier richtet sich die actio nicht etwa auf Abgabe einer entscheidenden Erklärung, sondern auf ‚quidquid dare facere oportet ex fide bona‘. Aber die Erwartung des Juristen richtet sich auch hier darauf, daß der Verklagte im Laufe des Prozesses entweder die Genehmigung erteilen werde, in welchem Falle, wenn er nicht etwa erfüllt oder sich der Kläger mit jenem Erfolge der Prozeßerhebung vorläufig zufrieden gibt, zu verurteilen ist, — oder sie zu versagen, in welchem Falle der Herr freizusprechen, aber auch der Dritte frei wäre. Verweigert er hartnäckig die Entscheidung, dann muß er die Verurteilung über sich ergehen lassen; wobei für die Bestimmung der Kondemnationssumme je nach den Anträgen des Klägers entweder sein Interesse an der Erfüllung oder an der Befreiung zugrunde zu legen sein wird. Das ‚hactenus etc.‘ bezeichnet hier gleichfalls den zu erwartenden Erfolg und zugleich den Zweck, und keineswegs ist es etwa auf eine der Formel einzufügende Klausel, etwa eine auf arbitratus bezügliche, zu deuten. —

Ist die von mir gegebene Interpretation von Dig. 10 pr. (2, 11) richtig, dann ist auch durch sie bewiesen, 1. daß der *vindex* sich durch Stipulation verpflichtet; 2. daß die von Lenel behaupteten Interpolationen in den von dem Bürgen bei in *ius vocatio* handelnden Stellen nicht stattgefunden haben, daß an der Stelle von ‚*fideiussor*‘ nur ‚*sponsor*‘ gestanden haben kann, und daß das ‚*promittere*‘, wo es in solchen Stellen vorkommt, entweder überhaupt nicht interpoliert ist oder nur ein ‚*spondere*‘ ersetzt haben kann.

Nach alledem kann ich nach wie vor die Lehre Lenels vom *vindex* nur als eine aller und jeder Begründung entbehrende bezeichnen, und er muß eine ganz besondere Vorstellung von dem, was wir unter mathematischer Bestimmtheit zu verstehen pflegen, haben, wenn er eine solche fort und fort für seine Interpolation als eine nahezu vollkommene in Anspruch nimmt. Sein Bau, den ich einen zwecklosen nannte, weil jede Irrlehre in der Wissenschaft etwas Überflüssiges ist, muß auch als gefährlich bezeichnet werden; und es handelt sich dabei nicht erst um ein *damnum infectum*. Denn abgesehen von den zahlreichen falschen, auf Interpolation lautenden Diagnosen und Änderungsvorschlägen in seiner *Palingenesia*, sind auch die bedenklichen Ergebnisse seiner rechtshistorischen Forschung in das *Vocabularium iuris civilis* übergegangen, in welchem, wie ich schon früher (*Zeitschr. f. R. G.*, Bd. 37, S. 298) bemerkt habe, offenbar auf die zuversichtlichen Behauptungen Lenels hin zu der dort (I, pag. 642) zitierten R. 47, 17: ‚*in ius vocati ut eant vel satis vel cautum dent*‘ sich der Vermerk findet: *fuit in edicto: eant aut vindicem dent*‘, wo die Benutzer des *Vocabularium* aber in Zukunft das ‚*fuit*‘ hoffentlich in bezug auf den *vindex* in dem Sinne verstehen werden, wie in ‚*fuius Troes*‘.<sup>19)</sup>

<sup>19)</sup> L. Wengers Schrift „*Rechtshistorische Papyrusstudien*“ (1902), die zum Teil auch die von mir hier behandelten Fragen erörtert, ist mir leider erst während der letzten Revision des Druckes bekannt geworden und konnte daher von mir hier nicht mehr berücksichtigt werden. Inwieweit ich ihm zustimmen kann oder von ihm abweichen muß, das ergibt aber ohne weiteres eine Vergleichung der von mir hier und in meiner früheren Abhandlung in der *Ztschr. f. R. G.*, Bd. 37, S. 279 ff. vertretenen Ansichten. Daß, vorläufig wenigstens, aus den Papyri irgendwie bindende Schlüsse für das Recht der Gestellungsbürgschaft im Formularprozeß nicht gezogen werden können, das hat Wenger selbst deutlich betont.



Druck von Gebrüder Geste & Cie. in Wien. III. Münzgasse 6.





—  
**Druck von Gottlieb Gistel & Cie. in Wien, III., Münzgasse 6.**  
—





—  
**Druck von Gottlieb Gistel & Cie. in Wien, III., Münzgasse 6.**  
—





